DOCTRINA

PANDECTARUM.

DOCTRINA

PANDECTARUM.

SCHOLARUM IN USUM

SCRIPSIT

C. F. Mühlenbruch.

EDITIO NOVA,

AUCTIOR ET EMENDATIOR, IN QUA OMNIA CONTINENTUR,
QUÆ IN RECENTISSIMA EDITIONE GERMANICA ADJECTA VEL IMMUTATA SUNT.
ACCESSIT DELECTUS LOCORUM IN LIBRO LAUDATORUM.



BRUXELLIS.
APUD HAUMAN, ETC.

1838

ARGUMENTUM.

LIBER SECUNDUS.

DE JURIBUS SIVE DE JURE SUBJECTIVO.

CAPUT II. *De patria potestate.*

CAPUT V. *De his, quae non heredis titulo relinquuntur.*

PROOEMIUM.

§ I. *De Justitia et Jure* (*).

Ratio summa, insita in hominum animis, quae recta imperat contrariaque prohibet, simulac societatem inter se coierunt homines, expergiscitur, adolescit, perficitur. Haec est lex antiquissima et quasi naturae, ad cujus normam dirigi necesse est, quaecunque aguntur; eaque lege nititur justitia, quae est aequitas jus unicuique tribuens [1]). Quoniam vero nihil est, quod latius pateat hominum inter homines societate: lex illa haud erit idonea, ex qua sola hauriantur juris praecepta ad vitam civilem recte instituendam necessaria; quorum ea plerumque est natura, ut non omnium communia esse possint, sed ad cujusque populi ingenium potius accommodanda sint, atque pro temporum vicissitudinibus, proque utilitatum praesentium rationibus mutanda [2]). Describenda ergo sua cuique populo jura, quibus, cujuscemodi fuerint illa, ea semper inerit vis ac potestas, ut omnis inde justi injustique distinctio repetatur [3]). Jam vero, cum conjunctissima sit actionum, quae ad justitiam referantur ratio cum principiis illis, e quibus justi praecepta hauriuntur, sua sponte apparet, quare non uno modo juris vocabulum accipiatur [4]). Et *proprie* quidem jus dicitur, *primum*, omne id, ex quo, quid aequum justumque sit, cognoscitur [5]), *deinde*, quod

(*) Dig. I, 1. — *Ge. Chr. Gebaueri* D. de justitia et jure (in exercitt. academic. Vol. I. — Erf. 1776. Diss. V).

1) Auct. ad *Herenn.* III, 2.—*Cic.* de invent. II, 53.—Id. de finib. V, 23.—Hinc est, quod *Ulpianus*, juris nomen interpretaturus, jus a justitia esse appellatum opinetur, quod dicens derivationem logicam magis quam etymologicam spectat. L. 1. pr. § 1. D. *de J. et J.* (I, 1.); quandoquidem ad eam, tamquam ad fontem, justi injustique praecepta referenda sunt omnia. Cf. *Guil. Marani* paratitt. ad Tit. D. de J. et J. (Opp. ed. Trotz, p. 1.) *J. Aeg. Menagii* amoenitates jur. civ. c. 39, v. *jus.*—*Ulr. Huberi* eunomia Romana ad h. l. (Amstel. 1724, p. 9.) — *G. Noodt.* ad Dig. I, 1. init. — *A. Schultingii* enarr. part. primae Dig. I, 1. § 8. — *K. Th. Welcker* System der Rechts-, Staats- u. Gesetzgebungslehre (I. Stuttg. 1829), p. 544 sqq. —« Justitia est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi.» L. 1. pr. D. *de J. et J.* (*Ulp.*)—*Cic.* de finib. V, 23.—De Aristotelica vero Justitiae et definitione et divisione vid. *Schulting.* l. l. § 6, 7.—*Gebauer* l. l. § V.—*F. v. Raumer* geschichtl. Entwickelung von Recht, Staat und Politik (Leipz. 1826), p. 16, 17.

2) A. *Gellii* noct. atticar. Lib. 20, c. 1.

3) Auct. ad *Herenn.* II, 13. « Lege jus est id, quod populi jussu sancitum est; quod genus: *ut in jus eas, cum voceris.*»—*Ulpian.* L. 9. D. *de legib.* (I, 3.)« Non ambigitur, senatum jus facere posse.»—*Paul.* L. 11. D. *de J. et J.* « Praetor quoque jus reddere dicitur, etiam, cum inique decernit.» —Cf. L. 9, *eodem* L. 2. § 9, *de O. J.* (I, 2.)—L. 17. § 1 D. *de inofficioso testam.* (V, 2.)—L. 50. § 1. D. *de legat.* I. (XXX.)

4) *Welcker* die letzten Gründe von Recht, Staat u. Strafe (Giessen 1813), p. 5.—*Ejusd.* System, etc. I, p. 558, not 432.—*A. F. J. Thibaut's* Versuche üb. einzelne Theile d. Theorie d. Rechts. I. Abh. V.— *Falck* jur. Encycl. § 6.

5) Vulgo dicunt *jus pro lege sumtum.* Cujus quidem notionis tres spectandae sunt formae: altera simpliciter ad leges ceu jurium fontes referenda (Auct. ad *Herenn.* II, 13.—Inst. rubr. *de jure nat. gent. et civ.* Dig. *de orig. jur.*); altera, ad legum certi generis complexum pertinens; tertia ad juris disciplinam concinnandam seu justi regulas in artis formam redigendas spectans. (Cf. *Ernesti* Cl. Cic. v. jus civile, divinum, naturale, gentium, humanum, pontificium, praediatorium, praetorium, privatum, publicum, Quiritium. *Brisson.* de V. S. v. *jus.* §§ 1—3. 5—7.-At Romanis vox *jurisprudentia* sensum latiorem

justitiae regulis consentaneum est [6], tum etiam ipsa faciendi omittendique potestas [7]). Subjectivum hunc, objectivum illum vocant vocabuli sensum. Sunt autem praeterea quaedam juris significationes a verbi proprietate aliquanto recedentes, in disciplina idcirco receptae [8]), quod ex singulari quadam loquendi consuetudine vel ad certos fontes relatum est juris nomen [9]), vel ad formam rationemque jurium exercendorum translatum [10]).

§ 2. *Fontium juris civilis, quod in Germania obtinet, descriptio generalis.*

Est vero duplex juris, quod in Germania obtinet, fontium genus, unum peregrinorum, alterum domesticorum. Et peregrinorum quidem duo praecipua sunt illa: Jus Romanum et Jus Canonicum. Jus Romanum, quod nobis vel maxime propositum est, in illa jurium legumque collectione continetur, quam partim adornari curavit Justinianus imperator saeculo sexto post Chr. natum, partim novis legibus ipse adauxit; quam quidem corpus juris Romani, s. civilis nunc appellamus [1]). Juris Canonici, quod est maximam partem pontificium, habet autem multum admixtum ex libris sacris, conciliorum decisionibus, patrum scriptis, jure Romano, collectio in corpore juris Canonici continetur [2]), cujus singulae partes, similiter ac jus Romanum, usu et consuetudine in foris nostris obtinuere auctoritatem [3]). Jus vero Feudorum Longobardicum [4]), licet aequali gaudeat cum superioribus illis in foro auctoritate, usum tamen nisi in perpaucis vitae civilis partibus constituendis, iisque remotissimis ab eo, de quo hic quaeritur jure, nullum habet. Quem vero leges Mosaicae [5])

habebat, quod apparet ex definitione, ab Ulpiano data. L. 1. pr. D. *de J. et J.* « Jus est ars aequi et boni. » — *Noodt* ad Dig. I, 1. § *altera rubricae pars.* — *A. Schultingii* l. l. § 9. « Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia. » L. 10. § 2. D. *h. t.* (*Ulp.*) — *Cic.* de offic. 1, 45. — *G. Chr. Gebaueri* D. l. l. § XI. — *Welcker* System, etc. p. 552 sqq.

6) Quod genus: si injuriae opponitur jus. L. 1. D. *de injuriis*. (XLVII, 10.) « Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat; omne enim, quod non jure fit, injuria fieri dicitur. »

7) Vulgo dicunt: « Jus pro facultate sumtum. » Jus interdum pro qualibet facultate usurpatur, veluti in definitione actionis, ususfructus, itineris, actus, viae (cognationis, agnationis), et generaliter, quidquid ad aliquem spectat, pertinet, quidquid licet, conceditur, permittitur, juris appellatione censetur. » *Brisson.* l. l. v. *jus*, §§ 8 — 10. Atque huc etiam referenda est loquendi formula: jus Quiritium pro civitate Romana (*Gaji* institutiones, I, §§ 32 sqq. III, §§ 72, 73. — *Ulpiani* Fragm. III. — *Brisson.* v. *jus*. § 6, in f.).

8) Quas quidem minus recte improprias appellaveris. Neque enim « quidquid non erit proprium, protinus et improprii vitio laborabit. » *Quinctil.* instit. orat. VIII, 2.

9) Ita fit, cum, quod est juris civilis et vel maxime antiqui, id adhibitis verbis *ipso jure* separatur a jure novo, praesertim praetorio (*Brisson.* l. c. § 4), idemque saepissime denotat *jus*, opposito contrario nomine *facti*, velut apud *Gajum* (inst. IV. § 45 sq.), ubi in jus conceptae formulae his opponuntur, quae in factum conceptae sunt. Cf. L. 27. § 2. D. *de pactis*. (II, 14.) [*Auctoris* Cession (ed. 2), p. 147 sq. not. 250. — *Zimmern* roem. Civilprozefs in geschichtl. Entwickelung (Heidelb. 1829), § 51. — Cf. et *Heffter* ad Gaji instit. comment. quartum (Berol. 1827), p. 52 sqq.] Cf. infra § 75. Et simili quidem ratione, Justiniani temporibus, jus nonnumquam opponitur legibus s. constitutionibus, harumque collectionibus publicis, velut in L. 5. C. *quorum appellat. non recipiuntur* (VII, 65.) — Cf. *Cujacii* obs. VII, 19. — *Savigny* Gesch. des R. R. im Mittelalter. II. p. 44. — *Zimmern* roem. Rechtsgesch. 1. p. 164. not. 45.

10) L. 9. D. *de cessione bonor.* (XLII, 3.) « Bonis cedi non tantum in jure, sed etiam extra jus potest. » L. 4. § 1. D. *de interrogat. in jure faciend.* (XI, 1.) « Quod ait Praetor: qui in jure interrogatus responderit, sic accipiendum est, apud magistratus populi Romani, vel praesides provinciarum, vel alios judices: jus enim eum solum locum esse, ubi juris dicendi vel judicandi gratia consistat. » L. 11. D. *de J. et J.* — Cf. *Brisson.* l. l. § 13. « Aliquando tota disceptatio forensis jus vocatur. » *Brisson.* l. l. § 14.

§ 2.

1) Cf. infra § 10 sqq.

2) E magna hujusce collectionis editionum copia sunt hae insignes: 1) corpus juris canonici a *Pet. Pithoeo et Francisco Fratre* ad veteres codices manuscriptos restitutum et notis illustratum. II Vol. fol. (Paris. 1687. Lips. 1695 et 1705. fol.) 2) C. J. C. rec. et not. illustr. *J. H. Boehmerus.* Vol. II. Hal. 1747. 4. — Novam editionem curat *Aemil. Lud. Richter.* Lips. 1833.

3) Cf. *Falck* jurist. Encycl. § 93—104.

4) In *H. C. F. Senckenberg* corp. jur. feudal. germ. p. 492 sqq. (ex edit. *J. F. Eisenhart.* Hal. 1772. 8.)

5) *J. D. Michaelis* mosaisches Recht. (Frkf. a. M. 1770—1775. 6 Th. 8.)

usum, quamque apud nos habeant auctoritatem, non una est doctorum hominum sententia [6]). Legum autem domesticarum duplex est genus, alterum, ad quod leges imperii Romano-Germanici referuntur [7]), alterum, jura particularia complectens, quibus etiam accensenda statutaria jura. Atque ex his quaedam legum peregrinarum auctoritatem omnem aboleverunt. Quemadmodum autem ejus quo utimur juris magna pars ex peregrini juris indole emanavit, ita abrogatione ista fieri non potuit, ut illius usus in his terris penitus tolleretur, qui quidem adhuc conspicuus est, cum in eo jure, quod hodie obtinet, ex ejus fontibus explicando, tum in exacuendis Jurisconsultorum ingeniis suppeditandisque ejusmodi praeceptis, quae communi quadam cum patrio jure principiorum ratione nituntur. Quapropter duplex cernitur peregrini juris in Germania utilitas atque auctoritas, una legalis, altera (forensibus usibus haud minus inserviens) doctrinalis et adjutoria. Quoniam autem ejus doctrinae, in qua explicanda hic liber versabitur, fons et caput vel maxime in jure Romano positum est, jam de hujus juris indole paullo accuratius erit dicendum.

§ 3. *De juris Romani fontibus universe* (*).

Initio civitatis populus Romanus sine lege certa, moribus ac consuetudine plurimum agere instituit [1]). In qua rerum juriumque conditione diu perseveravit, legibus non multum facientibus ad jus civile constituendum mutandumve [1a]), donec ineunte saeculo p. u. c. quarto *leges XII tabularum* (totius juris Romani caput atque fons) [2]) a decemviris legibus scribendis compositae atque in centuriatis comitiis perlatae sunt [3]). Quae et ipsae subinde quidem correctae, auctae, mitigatae sunt, sensim tamen ac moderate ab iis declinando, ne temere abrogarentur, quae a majoribus sapienter essent instituta. Idque tum legibus fiebat iisque jurium condendorum formis, quae legis vicem obtinebant [3a]), tum praesertim moribus, quibus ad certam rationis normam dirigendis legumque in commune latarum

6) *J. A. Hellfeld* D. de legis mosaicae valore hodierno (in ejus opusc. Jen. 1789. 5. Nr. 1.). Cf. *Gluck* Intestaterbfolge § 135 (ed. 2).

7) 1) Neue u. vollstaendige Sammlung der Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen. IV Vol. Frkf. a. M. 1747. f.—2) Handbuch d. deutschen Reichsgesetze in systemat. Ordnung, herausgeg. von *C. Fr. Gerstlacher*. XI Theile. Carlsr. 1786—1793. 8.

§ 3.

(*) Vid. *Chr. Godofr. Hoffmanni* histor. jur. Rom. Just. Vol. I. Lips. 1718, et rec. 1734. Vol. II. ib. 1726. 4.—*Jo. Gottl. Heineccii* historia jur. civil. Rom. et Germ. observatt. aucta *Jo. Dan. Ritteri* et *J. Mart. Silberradii* (ed. nov. Argent. 1765. 8). Lib. I. *Jo.—Aug. Bachii* historia jurisprudentiae Romanae ed. nov. observatt. auxit *Aug. Corn. Stockmann*. Lips. 1807. 8.—*G. Hugo* Lehrbuch der Geschichte d. Roem. Rechts bis auf Just. ed. XI Berlin, 1830. 8. (*F. A. Schilling* Bemerkungen üb. roem. Rechtsgesch.; eine Kritik über Hugo's Lehrbuch. Lpz. 1829.—*A. Schweppe* Roem. R. Gesch. u. Rechtsalterth. ed. III. curavit *C. A. Grundler*. Gott. 1832.—*S. W. Zimmern* Gesch. des Roem. Privatr. bis Justinian. Bd. I. Abth. I. II. Heidelb. 1826. Bd. III (rei judiciariae historiam contin.), 1829.—*H. R. Stoeckhardt* Tafeln der Geschichte des Roemischen Rechts. Leipz. 1828.

1) *Pompon*. L. 2. § 1. D. *de O. J.* (I, 2.)—*H. E. Dirksen* Uebersicht d. bisher. Vers. z. Krit. u. Herstell. d. Textes d. Ueberbleibsel v. d. Gesetzen d. roem. Koen. (in ejusd. Vers. z. Krit. u. Ausleg. der Quellen des R. R. Leipz. 1823. nr. VI. p. 234 sqq.).

1a) [Exstant tamen leges et institutiones, quibus nomen est *leges regiae*. E. G.]

2) Unde usu etiam venit apud Romanos, ut saepenumero legis nomine, nullo adjecto alio signo, intelligatur XII tabular. lex, ac similiter legitimum dicatur id, quod ex LL. XII tab. descenderit. Vid. v. c. *Ulp*. F. XI, 3. pr. 1. *de legit. adgn. tut.* (I, 15.) Inst. *de legitima patronor.* et *de legit. parentum tut.* (I, 17. 18.)

3) *Liv*. III, 34. 37.—L. 2. § 4. D. *de O. J.* (Cf. *Cic. de* Or. I, 44.)—*H. E. Dirksen* Uebersicht d. bisher. Vers. z. Krit. u. Herstellung d. Textes d. Zwoelf-Tafel-Fragmente. Lpz. 1824. — *Zimmern* l. l. Bd. 1. § 29—32.—*A. G. de Schroeter* obs. jur. civ. (Jen. 1826.) Obs. I.

3a) [*Plebiscita*. (Gaj. 1, 3.—«Legibus exaequata sunt.») *Senatusconsulta* (Gajus 1, 4.—«Senatusconsultum legis vicem obtinet.») *Constitutiones principum*. (Gaj. 1, 5.—«Nec unquam dubitatum est quin id quod princeps constituit legis vicem obtineat.») Et *responsa prudentum* «legis vicem obtinere» dicit Gaj. 1, 7. E. G.]

auctoritati aequiparandis, nullum sane tutius aptiusque adhiberi potuit velut instrumentum ac praesidium quoddam, quam illud duplex, alterum, in magistratuum edictis propositum, quo id maxime effectum est, ut magis magisque ad aequitatem omnibus populis naturaliter constitutam Romanorum jus accederet; alterum, ex prudentum auctoritate conditum, quod ad juris antiqui rationem conservandam potius spectabat, tum etiam rebus negotiisque ad certas formulas regulasque revocandis inserviebat. Itaque tribus potissimum elementis jus Romanum constat: ***legibus, magistratuum edictis, prudentum*** sive ***JCtorum interpretationibus***, de quibus nunc singulis dicemus (**).

§ 4. *Leges earumque similes juris fontes.*

Et legum quidem condendarum forma antiquissima fuit in comitiis populi [1]), deinceps etiam plebis [2]). Cui jam libera republica accesserunt Senatusconsulta [3]), fons juris sub prioribus quidem imperatoribus [4]) uberrimus [5]). Post illa secutae sunt constitutiones imperatorum, qui (ex legis regiae [5a]), ut fertur, auctoritate) [6])

(**) E scriptoribus, qui plura fontium juris Romani capita vel collegerunt vel illustrarunt, h. l. sunt nominandi: *A. Augustinus* de legib. et SCtis liber, adjunctis legum antiquarum et SCtorum fragmentis, c. not. *Fulv. Ursini*. Romae 1583. 4. et in *Graevii* thesauro antiquit. Roman. T. II. p. 1159 sqq. — *Jac. Gothofredi* fontes quatuor juris civilis in unum collecti, puta legis XII tabular. fragmenta, legis Juliae et Papiae itidem fragmenta edicti perpetui, ut et Sabinianorum librorum ordo seriesque (saepius, et in *Ev. Ottonis* thes. jur. Rom. III. p. 3 sqq.). — *Ant. Schultingii* Jurisprudentia vetus ante-Justin. continens: quae supersunt ex Caji Institutionum Libris IV; Julii Pauli sententiarum receptarum libr. V, nec non fragm. ex ejus Institutionum Lib. II; Titulos ex corpore Ulpiani XXIX; Codicis Gregoriani et codicis Hermogeniani fragmenta; Mosaicarum et Romanarum legum collationem; Modestini fragmentum; Fragment. regularum ex veteri JCto; Fragmentum Papiniani; Consultationem veteris cujusdam jurisconsulti et Papiani responsorum librum; Dosithei Magistri Libr. III continent: Divi Adriani Imp. sententias et epistolas. Edit. nova coll. cum codd. antiquissimo Wurceburgensi et Gothano, praefatus est *Ge. H. Ayrer*. Lips. 1737. 4. — *Chr. G. Hoffmanni* hist. jur. Rom. Just. Vol. II., cujus parte priori continentur fragmenta legum regiar.; collectio LL. Graecar.; fragmenta XII tabular.; edictum perpetuum. — Jus civile ante-Justinianeum codicum et optimarum editionum ope a societate jurisconsultorum curatum. Praefatus est *G. Hugo*. Tom. I. Ulpianum, Paulum, Cajum, Papinianum, Modestinum, Auctorem regularum, codices Gregorianum et Hermogenianum, Theodosiani vero libros decem priores continens. Tom. II. Codicis Theodosiani libros sex posteriores, Novellas, constitutiones imperatorum Justiniano anteriorum, Mosaicarum et Romanarum legum collationem, consultationem veteris cujusdam jurisconsulti, legem Romanam Burgundionum, fragmenta jurisconsultorum ac constitutiones imperatorum e finium regundorum auctoribus collecta, denique indicem titulorum duplicem continens. Berol. 1815. [Locupletissimum omnium corp. jur. civil. fontium indicem *Julii Pauli* sentent. recept. editioni (Berol. 1795. 8.) adjecit *G. Hugo*.]

§ 4.

1) Populiscita; *Leges* curiatae. centuriatae.

2) Plebiscita. — Veterum legum indicem exhibuerunt *Fr. Hotomanus* (in *J. G. Clausingii* jus publicum Romanor. III. Nr. V.), *Pardulphus Pratejus* (veteres pop. Rom. leges, quae post XII tabulas latae sunt, ordine alphabet. digestae, Venet. 1572, et cum adjectionibus *Ev. Ottonis* in huj. thes. jur. civ. T. V. p. 480 sqq.) et *Jo. Aug. Ernesti* (index legum, quarum in libris Ciceronis nominatim mentio fit, in ejusdem clave Ciceroniana, p. 1—44. ed. IVtae.). — Earum exempla vel collegerunt vel restituere conati sunt: *A. Augustinus* de legibus Liber cap. XVIII. (in *Graev.* thes. antiquitt. Rom. p. 1173 — 1528.), *Barn. Brissonius* (Lib. II. de formulis solemnibus pop. Rom. c. 21 — 41.), aliique, quos nominat *Haubold* in T. I. inst. jur. Rom. litter. (Lips. 1809. 8.) § 85—90. § 110 — 115. nec non in instit. jur. priv. Rom. histor. dogmaticar. lineamentis. (Lips. 1826. ed. 2. p. 125 sq.; quarum maxime memorabilis lex Julia et Papia Poppaea. (762 v. c.) — *J. G. Heineccii* ad leg. Jul. et Pap. Poppaeam. Amst. 1726. 4.

3) *Cic.* Top. c. 5.—Tab. Heracleensis, Lin. 72. (*Hugo's civilist.* Magaz. III. p. 466.) *Pomponius* L. 2. §9. *de origine juris.*—*Theophili* paraphr.— Inst. I, 2. § 5. (*Gaji* inst. I, 4. «Senatusconsultum est, quod Senatus jubet atque constituit, idque legis vicem obtinet; quamvis fuit quaesitum.»)

4) *Orationes principum* appellari solita sunt, quae ad imperatorum orationes, libellos, epistolas Senatus decreverat.—*C. O. a Boeckelen* D. de orat. principum (in opusc. de sectis et philos. JCtorum veter. p. 109 sqq.). —*Dirksen* in Rhein. Museum II. p. 94 sqq.

5) De Senatusconsultorum reliquiis v. *A. Augustini* liber de SCtis, ap. *Graevium* l. l. p. 1328 —1378. — *Barn. Brissonii* Lib. II. de formulis c. 81 — 86. c. 88 — 166. et c. 170 (orationes principum in Senatu habitae recitataeve); — *Hauboldi* inst. jur Rom. litt. § 91 — 94. § 116 — 117.

5a) [i. e. legis, qua in comitiis imperator a Senatu nominatus confirmabatur. L. 1. pr. D. *de constit. princ.* — (I, 4.) E. G.]

6) *Gaji* institut. I, 5.—§6. I. *de j. n. g. et c.* (I, 2.) *Ulpian.* L. 1. pr. et § 1. D. *de constitut. principum* (I, 4.) [v. *Ger. Noodt* D. de jure summi imperii et lege regia; in opp. T. I. p. 548, 549.—Cf. const. *Deo auctore* §7.—*Zimmern* R. G. I. § 43.—*Dirksen* civ. Abh. I. p. 176 et 284.—*Id.* comment. de novu

vel edictis [7]) proponebant, si quid sibi in commune esse utile videretur, vel ad singulas causas decretis [8]) rescriptisve [9]) constituebant, vel mandatis [10]) praecipiebant, quomodo in provinciam missis res esset agenda. Neque vero imperii initio et aliquanto post jura constitui desierunt legibus Senatusve consultis [11]), donec solum imperatorem jus facere posse obtinuit [12]).

§ 5. *Magistratuum edicta.*

Magistratuum edicta sunt praecepta ab iis, qui honoribus fungebantur, de rebus ad officium eorum pertinentibus in commune proposita, quibus aut edocebantur cives, ut scirent quo quisque modo provinciam sibi demandatam esset administraturus [1]), aut admonebantur, legibus magistratuumque imperiis ut parerent [2]), aut provocabantur singuli, ut certo tempore ad causam dicendam adessent [3]). Sunt autem ex priore edictorum genere ea, de quibus hic quaeritur. At licet apud omnes, qui quidem cum honore erant magistratus, edicendi facultas fuerit [4]), tamen omnis fere inerat vis in duorum Praetorum, et urbani et peregrini, edictis, quos quidem imitati sunt, qui in provinciis jurisdictionem exercebant [5]). Qui omnes, quae essent observaturi in jure dicundo, edictis suis, vel initio magistratus, perpetuae jurisdictionis causa, vel ex tempore propositis (not. 3.), palam facientes, partim leges scriptas ita interpretari ausi sunt, ut cum naturae praeceptis veraeque regulis justitiae eas conciliarent, partim etiam novas ipsi excogitarunt jurium

praesidio cris. et interpr. ex re formularia Romanor. petendo. (Reg. 1826.) Nr. II.] « Quod igitur imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quas vulgo constitutiones appellamus. » Cf. § 6. I. *de J. N. G. et C.* (I, 2.)—Quae quidem imperatorum majestas atque auctoritas non impediebat JCtos, quo minus ab illorum decretis recederent; vid. v. c. L. 1. § 14. D. *ad leg. Falcid.* (XXXV, 2.) Quid? quod nonnumquam imperatores edicta sua a Senatu confirmari voluerunt, quasi non aliter rata essent atque firma, *Heineccius* in histor. edict. L. II. c. 3. § 1; —*v. Loehr* Uebersicht d. Constitt. Progr. 2. p. 7. not. 3.

7) *B. Brissonii* Lib. III. de formul. c. 8. *J. G.*—*Heineccii* histor. edictor. Lib. I. c. 9.

8) *Theophili* Paraphr. ad § 6. I. *de J. N. G. et C. Brisson.* Lib. V. de formul. c. 13.—*C. F. Zepernickii* Diatr. de judicatis centumviralibus § 19 sqq. (opusculorum *Siccamae* de jud. centumvir. Libr. II. — Hal. 1776. — adjector. VII.).

9) *Brisson.* Lib. III. de formul. c. 22.—*A. Schultingii* D. pro rescriptis imperatorum Romanor. (in comment. acad. Hal. 1770. Vol. I. Nr. III.)

10) *Brisson.* Lib. III. de formul. c. 84.

11) *Zimmern* R. G. I. p. 72, 73. et § 25. p. 80.

12) L. 12. § 1. C. *de legib.* (I, 14.) (Cf. not. 6.) — De constitutionum imperatoriarum, tum collectionibus comprehensarum tum singularum, quae vel integrae vel mutilae ad nos pervenere, vel ex aliis fontibus sunt restitutae, editoribus interpretibusque vid. *Hauboldi* inst. jur. Rom. litt. P. I. § 95 — 98. § 118.—*Ejusdem* inst. jur. Rom. priv. hist. dogmat. lin. § 211, 212. § 260 — 264. (ed. 2.). Constitutionum maxime ad jurisprudentiam privatam spectantium imperatorum Justiniano anteriorum inde a Constantino M. indicem exhibuit *de Loehr*: Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der roemischen Kaiser *a*) von Constantin I. bis auf Theodos II.; *b*) von Valent. III. bis auf Justinian. (Wetzl. 1811, 1812.)

§ 5.

1) *Pompon.* L. 2. § 10. D. *de O. J.* — *Theophili* Paraphr. ad § 7. I. *de J. N. G. et C.*

2) *Brisson.* de formul. Lib. III. c. 69, 70. — At de aliis quoque rebus cives admoniti sunt edictis, maxime imperatorum; unde edicta objurgatoria, consolatoria, aliaque hujusmodi dicuntur, quorum exempla obvia sunt apud *Brissonium* de formul. Lib. III. c. 5. 6. 20. — add. L. 4. § 3. D. *de offic. proconsul.* (I, 16.) Cujus quidem generis edicta, quemadmodum differant a monitoriis, tum etiam brevibus, quorum mentio fit in Digestorum libris, docte disputavit *C. G. Haubold* de edictis monitoriis ac brevibus. Lips. 1804. 4.

3) Cum hisce edictis, quae ex usu rei natae, sive prout res incidit, proposita sunt, velut quibus adesse jubebantur absentes, quo in genere erant peremtoria edicta (vid. *Brissonii* opus de verb. signif. v. edictum § 16, 17.): cum his, inquam, non commiscenda videntur edicta repentina, quae, temporum ratione postulante, magistratus in medio anno proponebat, ita tamen, ut in commune valerent, velut illud Verrinum: ne quis frumentum de area tolleret; *Cic.* in Verr. III, 14.—Cf. *Plinii* hist. nat. XXXVII, 4.

4) Cf. *Schilling* Bem. üb. R. G. p. 118.—Vid. etiam *Zimmern* R. G. § 37. not. 9.

5) *Gaji* inst. I. § 6. (*Cic.* ep. ad Att. VI, 1. post med.)—Quod Praetores, tum urbani tum peregrini (de his v. Lex. Galliae Cisalp. lin. 24. 25. in *Hugonis* civil. Mag. II. § 442.—Cf. *Theophil.* ad § 7. I. *de J. N. G. et C.* (I, 2.)—*J. H. Mylius* in exc. III. ad *Theophil.* ex edit. Reitz. I. 9 sq.), condere solebant edictum, id *urbici*, *provincialis* vero nomine illud veniebat, quod a Proconsulibus Propraetoribusve

formas, quibus jus antiquum, arctissimis velut cancellis inclusum, adjuvarent, supplerent, corrigerent [6]. Atque in utroque edicendi genere ita egerunt Praetores, ut non solum numquam adversus legum Senatusveconsultorum praecepta prohibitionesque edicerent [7], verum etiam, ubi ab antiqui juris indole recedere pro morum temporumque ratione eos oportebat, id non subitanea rerum conversione, sed ita facerent, ut summa qua poterant cura juris pristini principiis parcerent, ipsiusque vestigiis adhaerescerent, ac religiose ejusmodi, quae juris civilis essent propriae, servarent jurium formas et adeo confirmarent [8]. Praeterea cum neque clanculum irrepsissent haec Praetorum placita [9], neque adversantibus iis, penes quos erat legum dandarum auctoritas [10], denique, quae nova instituerat aliquis Praetor, ea, nisi a populo comprobata vel certe haud improbata essent, posteriores Praetores ne auderent quidem in edictum suum transferre: fieri non potuit, quin facile adsuesceret populus [11] *juri* huic *honorario* [12] quod tamquam viva vox juris civilis deinceps observari coepit [13].

§ 6.

Hoc vero jus ex tenuibus profectum initiis variisque singulorum accessionibus ingenti incremento auctum tralatitiumque factum, post temporis aliquod spatium non potuit non esse inconditum, atque ab usu forensi aliquantum abhorrere. Et primus quidem *A. Ofilius* edictum composuisse dicitur [14], cujus tamen studiis, qualiacunque fuerint, longe praestitit labor a Salvio Juliano JCto a. p. Chr. n. 131 in edictum impensus, qui Hadriani imp. auspiciis edicta tam urbica quam provincialia [15], rejectis tamen mutatisque iis, quae usu ac vetustate jam exolevissent, ordinasse dicitur [16], hisque ex Aedilitio Edicto ea capita subjunxisse, quae ad juris privati rationem proxime accederent [17]. Atque id quidem

profectum erat. Vid. inser. LL. 55, 56, 57. D. *de regulis juris.* (L,17.)

6) L. 7. § 1. D. *de J. et J.*

7) L. 7. § 7. D. *de pactis.* (II, 14.)—L. 1. § 8. D. *de postul.* (III, 1.)—L. 1. in f. D. *ex quibus caus. majores l. i. r.* (IV, 6.)—L. 12. § 4. D. *de publ. in r. act.* (VI, 2.)—L. 12. § 1. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.)

8) Velut civilis juris formas fictionum ope ad causas novas accommodando: *Gaji* institt. IV, 34—38. et III, 32. (§ 2. I *de B. P.*)—*Ulpiani* Fr. XXVIII, 12.—L. 2. D. *de poss. hered. pet.*—Cf. infra § 7. not. 6.

9) Etenim in tabula, in albo, unde de plano recte legi posset, erant proponenda. *Cujac.* VII. obs. 29.

10) Lata est lex quaedam Cornelia, fortasse anno 686 aut 687 ab u. c: « ut Praetores ex edictis suis perpetuo (*perpetuis ?*) jus dicerent. » Vid. *Bach* hist. jur. Rom. Lib. II. c. II. S. 3. § 5. ibique *Stockmann.*—Cf. locum *Ciceronis* offic. III, 20. in eundemque *Heineccii* historia edictor. Lib I. c. IV. § 9.

11) *Cic.* de inventione II, 22. « Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea autem jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem; quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. » —*Schilling* Bem. üb. R. G. p. 119. not. 295.

12) § 7. I. *de J. N. G. et C.* — L. 7. in f. D. *de J. et J.*

13) L. 8. D. *de J. et J.*—*E. Schrader* die praetorischen Edicte der Roemer auf unsere Verhaeltnisse übertragen; ein Hauptmittel, unser Recht allmaehlig gut und volksmaefsig zu bilden (Weimar, 1815, et in ejus civilist. Abh. II. comm. 1.), § 7.—*Zimmern* R. G. § 39.

§ 6.

14) L. 2. § 44. D. *de O. J.* — *Zimmern* R. G. § 38. not. 14.

15) Id quod credere fas est, cum ex argumentis, quae hanc in rem protulit *Heineccius*, l. l. p. 293. Not. b., tum ex eo, quod imperatores rescriptis suis provinciales, praesidesque provinciarum, eadem ac reliquos subditus formula ad Edictum perpetuum remittere consuerunt; v. c. L. 3. Cod. *de his, quae vi metusve causa.* (II, 20.)—Dissent. *Zimmern* R. G. § 40. not. 40.

16) C. *tanta* de confirm. Dig. § 18.—L. 10. C. *de cond. indeb.* (IV. 5.)—*Eutrop.* breviar. hist. rom. VIII, 9.—Cf. etiam *Brisson.* de V. S. v. edictum § 11.— *Heineccius* l. l. Lib. II. c. 4. § 4.

17) § 7. I. *de J. N. et G.* et *Theophil.* ad h. § in f.—Cf. et c. *omnem reipublicae* (ad antecessores) § 4. — Hinc est fortasse, cur edictum aliquod Aedilium a *Paullo* adscribatur Praetori: rec. sent. I, 15. § 2.—Cf. *Janus a Costa* ad verba *praetorias autem* § 2. I. *de divis. stipul.* in f. (III, 19.)—*C. v. Bynckershoek* obs. IV, 8.—Caeterum nobiscum dissent. *Schrader* (krit. Zeitschr. für R. W. T. II. p. 388.), provocans ad *Gajum* (Inst. I, 6.), cui tamen, cum ipse prorsus nihil habeat de edictorum in unum corpus confusione, sane varemur, ne adversus apertissima Imperatoris et Theophili verba testimonium denuntiemus.

perpetuum edictum, cum praesertim peculiari esset SCto confirmatum [18]), omnibus omnino magistratibus, quorum esset juris dicendi judicandique officium, tamquam generalem ac perpetuam jurium reddendorum formam fuisse propositum, veri perquam est simillimum [19]). Quemadmodum autem nec reliquorum juris fontium auctoritas exinde exolevit, ita neque in posterum edicere desierunt magistratus [20]), quamvis istius saeculi ratio credere haud patitur, adhuc licuisse praetoribus aliisve magistratibus [20a]), juris corrigendi causa proponere edicta [21]). Quapropter vix est quod dubitemus quin JCti Romani Juliano posteriores, edictum perpetuum vel allegantes, vel commentariis illustrantes, tum etiam imperatores, rescriptis decretisve suis edicti auctoritatem confirmantes, ad idem illud respexerint, quod a Salvio Juliano concinnatum est edictum, in cujus quidem cum ordine tum ipso argumento restituendo maximopere elaborarunt recentiorum temporum JCti [22]).

§ 7. *Prudentum auctoritas.*

Quod ubique terrarum solet usu venire, ut eorum, qui juris artem tenent, plurimum valeat auctoritas ad constituendum, mutandum emendandumque jus civile, id vel maxime videmus Romae esse factum. Etenim ab initio juris scientia omnis judiciorumque potestas fuit penes patricios viros, quorum in jure constituendo auctoritas eo facilius processit, quod legum scriptarum angustiæ prudentum auctoritatem valde desiderabant [1]). Qua quidem in re ita versati sunt JCti veteres, primum, ut, quot illis causae in legibus scriptis contineri viderentur, eas expromerent ipsisque legibus subnecterent [1a]) deinde negotiis civilibus, quae ad juris pristini rationem iniri solerent, certas formulas adscriberent [2]), inter quas

18) c. *tanta* § 18.

19) Cui rei vel id debet esse testimooio, quod juris Romani conditores, de eo jure, quod edictis contineatur, expooeotes, constanter solent Praetorem praetoriumque nominare edictum. Facit huc quoque L. 2. C. *de bon. auct. jud. possid.* (VII. 72.)

20) L. 2. C. *de offic. Praef. Praet. orient. et Illyr.* (I, 26.)—L. 16. C. *de judiciis* (III, 1.) Nov. 165 — 167. (de libris Ἐπαρχικῶν, v. *Cujacii* observ. Lib. VI. obs. 10.) *Haubold* de ed. mooil. p. 71.

20*a*) [Nisi praefectis praetorio, de quorum officio cf. n. 20. E. G.]

21) Licueritne omnioo Praetoribus post conditum a Salvio Juliano edictum, qui ipse quidem Praetor *novam* adjecerat *clausulam* (L. 5. D. *de manumiss. vindicta* (XL, 2.); —L. 3. D *de conj. cum emancip. liber.* (XXXVII, 8.), *novi* aliquid statuere edictis, id certe erui ooo potest ex iis locis, qui sunt de edictis proponendis apud auctores Juliano posteriores, velut ex L. 7—9. D. *de jurisdictione.* (II, 1.-) Cf. *de Weyhe* libri tres edicti § 59. p. 117 sqq., et *Zimmern* l. l. § 40, n. 33, 34. Qui illud affirmant, his obstare videntur etiam rescriptorum exempla, quibus edocemur, quae olim a Praetoribus causa demum cognita tribui atque decerni petentibos solita siot, velut utiles actiones, exceptiones, in integrum restitutiones aliaque hujusmodi, quorum nulla jam esset in edicto tralatitio certa formula proposita, ea haud ita multo post conditum edictum Juliani ab imperatoribus peti darique coosuevisse, qui ad magistratus, tamquam decretorum imperialium executores ablegarent petentes. *Brisson.* de formul. Lib. III, 24; et infra 35. not. 3.

22) Post *Greg. Haloandrum, Guil. Ranchinum, Hub. Giphanium, Jacob. Gothofredum, Ger. Noodtium, Jo. Ortv. Westenbergium, Abr. Wielingium*, aliosque rem aggressus est, oeque tamen, mortalitate interceptus, perfecit *J. Gottl. Heineccius*, cujus felicissimos conatus edidit filius *J. C. G. Heineccius* sub titulo: *J. G. Heineccii* opuscula posthuma, io quibus historia edictorum edictique perpetui ipsiusque edicti perpetui ordini et integritati suae restituti partes II aliaque continentur. Hal. 1744. 4. Vid. *J. L. Hambergeri* observatt. ad *Gravinae* origin. jur. civil. § IX. (in opuscul. Jen. 1740. edit. p. 421 sq.), et inprimis *C. G. Hauboldi* Diatr. Ueber die Versuche, das praetorische Edict herzustellen (in *Hugo's* civilist. Mag. II. 14.).—*Ejusdem* Inst. jur. Rom. litt. T. I. § 119, 120.—*C. G. L. de Weyhe* libri tres edicti rel. Cell. Luneb. 1821. 4.—*Heffter* im Rhein. Museum I. p. 51 sqq. (« Die Oecooomie des Edicts. »).

§ 7.

1) L. 2. § 5. D. *de orig. jur.* (Cf. *F. C. T. Hepp* Diss. ad h. l. Heidelb. 1826.)

1*a*) [Vide quae Pomponius de Tripertita Ael. Sextii dicit: « lege XII tabular. praeposita. *Jungitur interpretatio.* » L. 2. § 38. D. *de O. J.* E. G.]

2) *Cic.* de legib. (I, 4.) (« Quid hortaris? ut libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum jure? an ut stipulationum et jodiciorum formulas componam? Quae scripta suot a moltis diligenter. — ») Cujusmodi fuere actiones Hostilianae (*Cic.* de or. I, 57.) atque Manilianae venalium vendendorum leges. (*Varro* de re rust. II, 3. 11.) Cf. *Cic.* de or. I, 39. in extr.

praecipuum quemdam locum obtinebant eae, quibus inter se homines dimicarent, quae *legis actiones* appellatae sunt [3]), denique si quid vel angustiarum haberet jus vetus scriptum, vel incommodorum ejusmodi, quae interpretatione sola tolli non posse viderentur, tum, vel caute a se inventis formulis [4]), vel fictionum commentorumque ope [5]), ista e medio tollere conarentur, quae aut a prudentiae praeceptis aut a temporum ratione essent aliena. Neque vero posteaquam Praetorum edictis augeri coeperat jus civile atque corrigi, JCti Romani munus illud, veteris juris tuendi ipsis quasi demandatum, ad pristinum morem exercere desierunt; imo, si quae inciderent in civilem prudentiam quaestiones novae ac dubiae, eas ad antiquitatis fictionem exigebant, cum Praetores liberiori quadam ratione id agerent, ut vel removerent ex jure antiquo, quae sibi viderentur esse iniqua, vel, quae civili jure constituta essent, ad novas causas transferrent; nec est quod dubitemus, quin ad Praetorum quoque instituta JCti manus suas adhibuerint, formulasque contexuerint, juri illi, quod edictis continebatur, accommodatas [6]). Caeteroquin recondita quaedam JCtorum ars, tum in formulis totoque civili jure, tum in ipsis diebus cognoscendis, quibus agi lege oporteret, haud leve illis praesidium fuit ad auctoritatem sibi apud populum vel comparandam vel conservandam [7]). Neque vero pervulgata ista formularum fastorumque ratione [8]) haec JCtorum auctoritas imminui poterat; quippe quae in posterum quoque tenuisset [9]), nisi temporum decursu jurisprudentiae ipsiusque juris status paullatim immutatus esset, cum non modo de jure respondendi facultatem patricii jam cum plebe communicassent, verum etiam morum negotiorumque civilium longe diversa ratio effusiorque libertas quaedam invaluisset. Tum enim permulta ex juris gentium ratione judicari coeperunt, formulaeque actionum, ne diutius incerti fluctuarent cives, qua in agendo uterentur via, in edictis publice proponi [10]), in paucissimis tantum causis legis actionum usu retento [11]). Ex quo autem praeclarum quoddam artium litterarumque studium Romanorum animos incenderat, etiam jurisprudentia coepit liberaliori via ac ratione tractari, quin incredibili quodam ardore excoli atque augeri a doctis viris, qui fere ab eo

3) *Pompon.* L. 2. § 6. et 38. *de O. J.*—*Gaji* inst. IV. § 11.

4) Velut iis, quae ad posthumos instituendos spectant; L. 29. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2.—*Auctoris* Fortsetzung des Glückschen Comment. Tom. XXXVI, p. 172 sqq.

5) Ad hujusmodi figmenta sunt referendae, quae vel fiduciae causa ad reponendam tutelam vel interimendorum sacrorum causâ fieri solebant coemtiones. (*Cic.* pro Mur. 12. de legib. (II, 21.) *Gaji* inst. I. § 114, 115, 118. — Cf. *Cic.* Top. 4.—*Gaji* inst. II. § 118, 119.) Num propter haec commenta eorumque similia (velut illud, cui querela inofficiosi testamenti superstructum est, pr. I. L. 2. L. 13. D. *de inoff. testam.*), quibus plenum erat jus a Prudentibus constitutum, idem jus commentitium sit appellatum a *Paulo* (L. 20. D. *de poenis* (XLVIII, 19.), vid. *Bynkershoek* observ. (V. 16.)

6) *Cic.* de legib. I, 5. (« Non ergo a Praetoris edicto, ut plerique nunc, hauriendam juris disciplinam. ») Or. pro Mur. c. 11. in extr.—Utriusque generis formularum exempla congessit *Brissonius* in libr. V — VII. operis de formul. et solennibus pop. Rom. verbis.—Cf. *Gaji* inst. IV. § 45 sqq.—[Non potest dici pro certo, quaenam institutiones et formulae ex edicto praetoris, quaeve a jurisconsulti originem ducant. Fictionibus et Praetor utebatur; cujus sunt argumento et restitutiones et exceptiones et utiles actiones, quarum formulas certe ipse facere solebat. Caeterum jurisconsultos auctores institutionem symbolicarum et maximae formularum partis fuisse, procul dubio est. E. G.]

7) *Cic.* or. pr. Mur. c. 11. p. med.; de or. I, 41. de offic. II, 19. de legib. I, 4.

8) *Cic.* pro Mur. 11. de or. I, 41. ep. ad Att. VI. 1. in med.—Liv. IX, 46.—*Pomponius* L. 2. § 7. *de O. J.* primum Cn. Flavium actiones populo proposuisse, refert, ex quo jus civile Flavianum appellatum, deinde Sextum Aelium alias actiones composuisse, populoque librum tradidisse, qui appellatus sit jus Aelianum. Videtur autem idem ille fuisse liber Sexti Aelii, qui inscribitur *Tripertita*, de quo ita *Pompon.* (§ 38): « Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita, jungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio. » Cf. *Cic.* Cato 9.

9) *Cic.* pro Mur. 11. in extr.

10) *Gaji* inst. IV. § 119, 118.—Add. L. 1. D. *de poss. hered. pet.* (V, 5.)

11) *Gaji* inst. IV. § 30, 31, 32.

tempore, quo libera respublica ad summum unius imperium flexa est, ac vel maxime sub Hadriano usque ad Alexandrum Severum floruere[12]). Quorum, quot novimus, plerique, quo erant ingenii acumine atque doctrinae praestantia, responsis suis scriptisque in tantum jurisprudentiam extulerunt fastigium, in quo ea neque ante illos fuerat neque postea perseveravit. Ac profecto libri eorum, quos de omni jure permultos scripserunt, non solum cum praestantissimis, quos tulit haecce aetas, comparandi sunt, verum etiam, sive doctrinae soliditatem, sive sermonis elegantiam, sive argumentorum sententiarumque apte collocandarum atque inter sese conjungendarum rationem spectes, plurimis praeferendi, quippe perraro delabentium in pejus saeculorum labem indicantes[13]). Ex quo vero in artis quamdam dignitatem jurisprudentia evecta est, fieri non potuit, quin philosophicis quoque in jure tradendo explicandoque praeceptis, tamquam solidioris doctrinae fundamentis uterentur JCti[14]). Quae tamen tantum abest, ut ad evertendam juris patrii indolem adhibuerint, ut nullum profecto majus praesidium tutiusque ad confirmandum id ipsum stabilien-

12) Omnino huc cfr. *Zimmern* R. G. § 75—102 (p. 268—386). — De usu autem vario vocabulorum, quae in jure nostro usurpantur: Veteres juris auctores s. conditores, majores, antiqui, prudentiores, peritiores, — vid. *Dirksen* Beitraege zur Kunde des Roem. Rechts (Leipz. 1825.) Nr. II, p. 159 sqq.

13) v. Opuscula varia de latinitate JCtorum veter. Edid. et animadv. adjecit *Car. Andr. Dukerus*. Lugd. Bat. 1711. 8. — *Ge. Ad. Kirchmaieri* opuscula VI rarissima de latinitate Digestorum et Institutionum, coll. *Ge. Sam. Madihn*. Hal. 1772. 8. — *Eckhardi* hermeneutica juris L. I. c. 3. [Paucissimae, quas tanquam ex naufragio tabulas ereptas fortuna nobis servavit, neque eas quidem utique genuinas, JCtorum veterum reliquiae, exceptis iis, quae in Pandectarum opere continentur, in libris supra (§ 3. not. **) commemoratis sunt collectae.] Singulorum juris auctorum veterum editores ex recentioribus exstitere: (a) *Dom. Ulpiani* fragmenta libr. regular. ed. *G. Hugo*. Berol. 1788. et ed. V. 1834. 8. — Et ex recogn. *J. C. Bluntschli*. ed. *Ed Bocking*. Bonnae 1831. 82. (Vid. *Fr. Ad. Schillingi* de crit. de Ulp. fragmentis. Vratisl. 1824; et *ejusd.* Animadversionum criticarum ad Ulp. fragm. Sp. I. — IV. Lips. 1830. 1831. 8.) — *G. E. Heimbach* über Ulpians Fragmente. Lips. 1834. 8. *b.*) *Julii Pauli* sententiar. receptar. libri V, quibus indicem edition. omn. corporis juris civil. fontium adjecit *G. Hugo*. Berol. 1795. 8. ed et. *Lud. Arndts*. Bonn. 1833. 8. — c.) *Gaji* institutiones — 1° secundum collectionem visigoth. (*Caji* inst. Lib. II. ed. *C. G. Haubold*. Lips. 1792. 8 et ed. *Bocking*. Bonn. 1833); — 2° Veronenses genuinae. (*Jo. Fr. L. Goeschenius*. Gaji inst. commentarii IV, e codice rescripto bibliothecae capitularis Veron. nunc primum editi. Accedit fragm. veter. JCti de jure fisci ex aliis ejusd. bibliothecae membranis transcriptum. Berol. 1820. 8. ed. II. 1824. ed. *A. Gu. Heffter*. Bonn. 1830. 12; — et cum Justiniani instit. collatae: *Gaji* et *Justiniani* instit. jur. Rom. edider. *C. A. G. Klenze* et *E. Bocking*. Berol. 1829. 4. — (vide et *H. R. Brinkmanni* notae subitaneae ad Gaji inst. Slesv. 1821. — *C. A. D. Unterholzneri* conjecturae de supplendis lacunis quae in Gaji institut. comment. quarto occurrunt. Vratisl. 1823. — *A. G. Heffter* Gaji instit. comment. quarius; adj. libr. observationum. Berol. 1827. — *Ed. Huschke* Studien des Röm. Rechts. p. 168—186.) — *C. F. Elvers*, Promptuarium Gajanum, s. doctrina et latinitas, quas Gaji instit. et Ulpiani fragm. exhibent in alphabeti ordinem redactae. Gott. 1824. 8. — *Ed. Schrader*. Was gewinnt die Röm Rechtsgeschichte durch Cajus. Institutionem? Heidelb. 1823. 8. — Cf. *Hauboldi* opusculor. ed. *Wenck*. vol. 1. p. 665—684. — Minoris momenti sunt: fragm. *S. Pomponii* (ed. *Bocking*. Bonn. 1831.) — *Volusii Maeciani* assis distributio (ed. *Bocking*. Bonn. 1831.) — *Dosithei* Magistri interpretamentorum Liber III (ed. *Bocking*. Bonn. 1831.) — Vide et *Ad. Fr. Schilling* Diss. critica de fragmento juris Romani Dositheano. P. 1 continens ipsum textum fragmenti. — Cf. *A. W. v. Schroeter* Uebersicht der vorzüglichsten seit dem Jahre 1813 besonders durch Codd. rescr. neu entdeckten Stücke der griech. u. röm. Literatur — (*Hermes* 1824. St. IV. u. 1825. St. I.) p. 291—311. (1825.)]. — *Schrader* in d. krit. Zeitschr. f. R. W. (T. I. Tub. 1826.) p. 138—145. — Jurisconsultorum vero fragmenta apud alios scriptores obvia collegit *Dirksenius* (Königsb. 1814. 8.)

14) JCtis Romanis vel maxime adrisisse Stoicorum philosophiam, cum ex omni philosophiae istius ratione, vi atque indole intelligi poterit (cf. *Cic.* de or. II, 58), tum ex eo, quod cum Stoicis fere nimii fuere in definitionibus, quae notatione s. etymologia fiunt (*Menagii* amoenitt. juris civ. c. 39). Idemque mirandus ille, qui inter singula philosophiae praecepta Stoicorum propria atque Jurisconsultorum Romanorum decreta intercedit, concentus (velut in L. 21. § 5. D. *quod met. causa* (IV, 2.) — L. 1. § 1. *de inspic. ventre* (XXV, 4.) — L. 30. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — L. 2. § 40. *de O. J.*), denique veterum hac de re testimoniorum constantia credere nos cogit (*Cic.* Brut. c. 50. 31. — *Gellii* noct. att. I, 22. *rel.*); quamquam non aeque omnibus Stoicorum, vel omnino philosophorum placita probabantur, neque omnia, quae ex philosophiae penetralibus profecta sunt, a Stoicis petita esse existimandum est. *Ev. Ottonis* orat. de vera non simulata JCtorum philosophia (Traj. 1722.). — *G. Mascov.* de sectis Sabinianorum et Proculianorum, cap. VI, 1. — *J. L. E. Püttmanni* interprett. et observatt. Lib. singul. c. II. — *Welcker* System der Rechts-, Staats- u. Gesetzgebungslehre I. p. 547 sqq.

dumque fuerit comparatum, siquidem in maximis JCtorum veterum laudibus merito feruntur ea (quae nimirum quantum philosophiae studio adjuventur, nemo est quin sciat): in verborum sententiarumque proprietate exquirenda solertia, in definiendo dividendoque subtilitas, in argumentando acumen, quibus vel maxime effectum est, ut ne temere rejicerentur, novisque inconstanter ac varie commiscerentur, sed potius certo consilio ac ratione adaugerentur atque in melius conformarentur, quae a majoribus accommodate ad patrios mores fuerant constituta. Quod autem omnino solet usu venire, cum alacrius artis alicujus studium exoritur, in ejusque rationes subtilius et accuratius investigare coeperunt homines, ut diversae emergant sententiae, id vel maxime in ejusmodi doctrina fieri videmus, cujus vis omnis in officiorum contentione posita est. Quae quidem, haud scio, an fuerit causa, non dicam omnium inter JCtos dissensionum [15], at certe scholarum inter se dissidentium, in quas ex Augusti tempore abiisse JCtos, nemo ignorat. Quarum altera, quae Atejum Capitonem habuit auctorem, nomen autem duxit tum a Massurio Sabino [16], tum praecipue a Cassio Longino, de antiquitate retinenda conservandaque admodum sollicita fuisse videtur [17], in iis autem, quae non ex antiqui juris regulis essent judicanda, aequitatem reique naturam potissimum secuta [18]; altera, quae ab Antistio Labeone originem, nomen vero a Proculo traxit, videtur antiquarum vestigiis formularum minime inhaesisse, atque in iis innovandis, quae a majoribus fuerant instituta, liberius egisse [19], verum in quaestionibus juris arbitrariis decidendis ad philosophiae rationem, qua erant imbuti ejus sectatores, exactius pressiusque disseruisse [20]. Nec tamen existimare licet, eos qui sectam aliquam profitebantur, aut anxie magistrorum praeceptis adhaesisse, aut in iisdem omnes rationem retinuisse illam, qua in describenda utriusque scholae indole usi sumus [21]; quemadmodum et hodie videmus eos, qui in tradendo explicandoque jure civili unam eandemque rationem sequuntur, in singulis locis mirum in modum inter se dissidere.

§ 8.

Et libera quidem republica, nondum per se ac propter se legis vicem obtine-

15) Etenim controversiarum inter JCtos, imperatoribus priores, agitatarum exempla satis multa obvia sunt in Ciceronis scriptis, velut de Or. I. 38, 39, 40, 56, 57. — Cf. *Gaji* instit. I. § 188, III. § 149. — L. 39. pr. D. *de statu liberis* (XL, 7.) — *C. O. a Boekelen* Tr. de diversis familiis veter. JCtor. c. I. — *J. A. Bachii* hist. jurisprud. Rom. II, 2. S. 4. § 15.

16) *Ferd. Kaemmerer* Beitr. zur Gesch. u. Theorie des röm. Rechts (Rost. 1817. 8.), zweite Abhandl.

17) 19) L. 2. § 47. D. *de O. J.* — L. 43. in fin. L. 44, 45. pr. D. *de procur.* (III, 3.) — L. 17, 18, 19. pr. § 1. 2. D. *de negot. gest.* (III. 5.) — L. ult. C. *eodem* (II, 19.) — § 8. I. *de mandato* (III, 27). — § 3. I. *de emt. et vendit.* III, 24. (verb.: «eamque speciem emtionis vendit. vetustissimam esse»). *Gaji* inst. III. § 41. — L. 17. § 1. 5. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — L. 28. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) — L. 26. D. *de vulgari et pupillari substitutione* (XXVIII. 6.) — L. ult. C. *de posth. hered. inst.* (VI, 29.) — *Gaji* inst. II. § 200, 219 — 222, 231. IV. § 78, 79. in fin.

18) 20) L. 7. § 7. D. *de adquir. rer. domin.* (XLI, 1.) — *Gaji* inst. II. § 79. — L. 3. § 5. D. *de adq. v. amitt. poss.* (XLI, 2.) — L. 17. § 5. D. *de pactis.* (II, 14.)

21) *Gaji* instit. II. § 218. — L. 1. D. *de act. rer. amotar.* (XXV, 2.) (ubi Sabinus cum Proculo facit contra utriusque sectae adsentatores). — *Gaji* inst. II. § 37. III. § 98. 168. IV. § 114. — L. 14. D. *de jure cod.* XXIX, 7. — (L. 18. *de manum. vind.* (XL, 2.) — Cf. de sectis et philosophia JCtorum opuscula (auct. *C. O. a Boekelen, J. Ph. Slevogt, J. H. Boehmer, Ev. Otto, C. v. Eck, J. S. Hering*) ed. *G. Slevogt.* Jen. 1724. 8. — *G. Mascovii* de sectis Sabinianorum et Proculianorum in jure civili diatriba. Inserta est disquisitio de Herciscundis. Lips. 1728. 8. — *C. H. Eckhardi* Hermeneutica juris l. c. IV. — *J. A. Ortloff* über den Einfluss d. stoischen Philosophie auf d. Röm. Jurisprudenz. Erl. 1797. 8. — *H. E. Dirksen* üb. die Schulen d. röm. Juristen (in *ejusd.* Beitr. z. Kunde d. R. R. Leipz. 1825. nr. 1). Qui quidem scriptor sententiam jam pridem a me defensam solidis rationibus confirmavit. Cf. quae in prima hujus operis editione de scholarum indole scripsi, cum Dirksenii commentatione, p. 46, 47.

bant JCtorum responsa et interpretamenta; quorum in eo vel maxime auctoritas erat posita, quod vel ex legibus antiquis majorumque institutis videbantur depromta, quasi illis involuta, atque forensi usui tantummodo accommodata [21a]), vel, si quae nova invenerant JCti, ea, ad veteris juris imaginem efficta, moribus et consuetudine erant confirmata. Unde vel maxime *juris civilis* [22]), tum etiam juris recepti nomen [23]), huic Romani juris parti inditum. Cum vero ipsum illud jus civile certis terminis circumscriptum esset, ac pleraeque jam juris innovationes Praetorum edictis fierent, in quae eodem modo, atque olim in veteres leges, studium suum contulerunt JCti: novam deinceps imperatores ipsis addidere auctoritatem, praecipientes ut omnium si in unum sententiae concurrerent, id, quod ita sentirent, legis vicem obtineret; sin dissentirent, judici quam vellet sententiam sequi liceret [24]). Atque haec quidem Jurisperitorum de jure respondendi auctoritas eo primum coepit collabefieri, quod imperatores de jure responsitare ipsi consuerunt, licet non nisi in consilium hujus rei causa adhibitis JCtis id facerent, ipsorumque responsis tamquam firmissimis juris principiis, decreta sua superstruerent [25]). Accessit deinde *Constantini* quaedam constitutio, qua praeceptum est ut inter aequitatem et jus interponere interpretationem soli liceret imperatori [26]). Denique, cum JCtorum, quibus olim de jure publice respondendi concessa fuerat facultas, scripta tamquam leges in foro observari solerent, huic quoque rei istud velut temperamentum additum est, ut praeter Papiniani, Pauli, Gaji, Ulpiani, et Modestini scripta, eorumque, quorum tractatus atque sententias illi suis operibus miscuissent, nulla JCtorum scripta legum vicem obtinerent, atque ubi diversae sententiae proferrentur, potior numerus vinceret auctorum, vel si numerus esset aequalis, ejus praecederet auctoritas, in quo Papinianus emineret, paribus vero eorum, quorum par esset auctoritas, sententiis, judices, quam sequi vellent, eligerent [27]).

§ 8.

21a) [*Gaji* inst. IV. § 11. — «Legis actiones — ipsarum legum verbis accommodatae erant, *et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.*» E. G.]

22) *Cic.* offic. III, 16. — *Pompon.* L. 2. § 5. D. *de O. J.* Quae hoc quidem loco apud Pomponium commemoratur disputatio fori, ad id juris genus consuetudine comprobati referenda videtur, cujus origo in rerum usu et tractatione negotiorum forensium maxime posita est. Similis est ratio rerum judicatarum, quas nominat *Cicero* Top. 5. Quod utrumque genus, cum Jurisperitorum auctoritati maximam partem acceptu feratur, similiter huic juri civili tanquam pars merito adscribitur. Caeteroquin de disputatione fori sunt conferenda: *Slevogt* Pr. de disp. fori (in opuscul. quae de sectis *rel.* collegit auct. p. 427 sqq.). — *Jo. H. Hellfeld.* D. de disputationib. fori (in ejus opusculis Dissert. II.) — *C. Fr. Zepernick* diatr. de causis centumviralibus, — opusculor. *S. T. Siccamae* de jud. centumvirali editioni adjector. VII. — *C. F. Moser* Versuche üb. einzelne Theile des bürgerl. Rechts (Stuttgard. 1806. 8.) Nr. I. — *Zimmern* R. G. § 15, p. 57, 59.

23) *Festus* de V. S. voce *receptum.*

24) L. 2. § 47. D. *de O. J.* — *Gaji* inst. I. § 7. — § 8. I. *de J. N. G. et* — *C.* Hinc est, quod juris autores s. conditores ab imperatoribus appellitentur JCti, velut in L. 1. C. *Quib. ad libert.* (VII. 18.) — L. 12. C. *de quaestionib.* (IX, 41.)

25) L. 1. C. *de his quae vi metusve causa* (II, 20.) — L. 3. C. *in quib. causs. pign.* (VIII, 15.) — L. 1. C. *ad exhibendum* (III, 42.) — L. 6. C. *de pact. convent.* (V, 14.) — L. 1. C. *de P. et R. S.* (VI, 38.) — L. 5. C. *quando dies legator.* (VI. 55.) — L. 9. C. *de fideicommissar. libertt.* (VII, 1.) — L. 1. C. *quib. ad libert. proclamare non licet.* (VII, 18.) — L. 13. C. *de evict.* (VIII. 45.) — L. 12. C. *de quaestionib.* (IX, 41.) — L. 1. C. *de vacat. publ. muner.* (X, 45.)

26) L. 1 C. 1. *de legib.* (I, 4). — « Inter aequitatem jusque interposita interpretatio. » [Generaliter quidem imperator hic de legibus rite applicandis (casum generi accommodando) loqui videtur, sed et juris aequi causa saepe a jure stricto discedi oportere memorat; quod quidem eo tempore principum rescriptis et jurisconsultorum responsis fieri solebat. E. G.]

27) L. un. (in ed. *Wenckii* L. 3.) Th. C. *de responsis prudent.* (I, 4.) (426.) Quam legem (*das Citirgesetz* vulgo vocant) Valentiniano III plerique attribuunt. At vide *Hugo* R. G. (XI), p. 1027. n. 1. — Interpretati sunt: *C. G. Haubold* D. de emendatione jurisprudentiae ab imp. Valent. III. instituta. Lips. 1796. 4. — *G. Hugo* Gesch. des Röm. Rechts bis auf Justinian, p. 914, 948. edit. X. — *Hufeland* vorläufige Nachricht von d. Jurist. Schätzen der Würzb. Biblioth. p. 49—86. — *K. Witte* Abhandl. (Berl. 1817.)

§ 9. De juris Romani collectionibus ante Justinianum factis.

Ex quo autem, qui juris administrandi provincia in orbe Romano fungebantur, ad aliorum confugere auctoritatem magis coeperunt, quam liberaliorem ipsorumque velut propriam, et in excolenda jurisprudentia et in causis negotiisque tractandis, sequi rationem; jurium collectiones necessariae visae sunt: ut haberent illi, unde statim peterent rerum gerendarum praecepta. Quo in genere, praeter constitutionum Codices [1]), inprimis nominanda est collectio, incertae et aetatis et originis, tamen, ut videtur, medio tempore inter annum p. Ch. n. 372 et 438 [2]) privatumque in usum confecta, earundemque rerum serie tum ex Jureconsultorum libris excerpta, tum impp. constitutiones, juxta positas, continens; cujus quae nuper admodum repertae sunt reliquiae, Vaticana fragmenta inscribi solent [3]). Neque vero praeteriri possunt collectiones, sub barbarorum regibus factae; nomen ipsis erat legum Romanarum [4]). Ineunte enim saeculo sexto post Ch. n., maxima imperii occidentalis pars barbarorum gentibus subacta fuit. Quorum quidem reges, subditorum suorum commoditati, quos ex Romani juris praeceptis vivere oportebat, quo magis consulerent, vastos nimiumque diffusos dispersosque jurium fontes in breviaria quaedam contrahi

p. 39 sqq. — *Puchta* civ. Abh. p. 170—172. — *Zimmern* R. G. § 58. — *Wenck*. in praef. tom. II. opusc. *Hauboldi* p. II — XXIII. — *Puchta et Blume* in *Rhein Mus.* tom. V. diss. VI, n. II, p. 87. § 95.—Jam vero add. binae Constantini imp. constitutiones a Clossio repertae ap. *Wenckium* 1 et 2. (Tit. de responsis prudentum.) —Cf. et L. un. pr. Th.C. *de sent. pass.* (IX, 43.) — L. 13. J. C. *eod.* (IX, 51.)—Constit. *Constantini* imp. ad *Maximum* P. P. (321.)

§ 9.

1) Quales sunt 1) Constitutionum libri a Gregoriano tum ab Hermogeniano privato studio collecti (vid. tamen interpret. ad L. 1. C. Th. de respons. prud.) maximam partem rescripta imperatorum Constantino M. anteriorum continentes (*J. Gothofredi* Prolog. ad C. Theod. c. 1. Nr. 1. — *A. Schultingii* Jurisprudentia vet. ante-Justin. p. 683. — *Zimmern* R. G. § 46.). — Cujus utriusque Codicis *Gregoriani* et *Hermogeniani*, reliquiae exstant apud *Schultingium* in Jurisprud. vel. ante-Justinianea, p. 683 — 718, et (omissis iis, quae in Breviario Alariciano non inveniuntur) in juris civilis ante-Justinianei edit. Berolinensi T. I. p. 263 — 274. — 2) *Theodosianus Codex*, sive collectio constitutionum, quam comparari jussit publicaque sanctione p. Chr. nat. 438 munivit Theodosius II, imperatorum christianorum (*imperatores legitimi*. De hoc nomine vid. *Ritteri* nota ad *Heineccii* hist. jur. civ. lib. I. § 378; at cf. *Zimmern* R. G. § 47. not. 3), leges maximam partem edictales, inde a Constantini M. temporibus complectens (vid. constit. Theodos. II, de Theodosiani Cod. auctoritate § 3) atque in sedecim libros ex varia rerum materiaeque indole disposita, deinde a Valentiniano III, quem sibi imperii socium assumserat Theodosius, in terris quoque occidentalis imperii recepta atque confirmata (arg. Nov. Valent. de confirmat. legum Novellarum D. Theodosii, quae est sexagesima nona editionis Berol.). Cujus codicis, qui quidem maxima ex parte ad nos pervenit integer, indolem et fata exposuerunt: *J. Gothofredus* in Prolegomenis ad C. Theod. — *J. S. Brunquellus* in D. de codice Theodosiano (opusculor. Hal. 1774 editor. Diss. II. — *Zimmern* R. G. § 47). — Ex editionibus vel maxime notandae sunt hae: *a*) Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis *Jacobi Gothofredi* Opus posthumum, opera et studio *Antonii Marvillii*, T. I — VI. fol. Lugd. 1665. Ed. nova, collata cum codicibus MSS. Wurceburgensi atque Gothano et libris editis, iterum recognita, emendata variorumque observationibus aucta, quibus adjecit suas *Jo. Dan. Ritter*, T. I — VI. (P. I. II.) Lips. 1736 — 1745. fol. — *b*) (ex recens. *Beckii* JCti Lips.) in juris civilis ante-Justinianei edit. Berolinensi, p. 275 — 1215. Adjectae sunt Novellae constitutiones impp. Justiniano anteriorum Theodos. II, Valent. III, Marcini, Severi, Leonis et Anthemii, ib. p. 1217 — 1399. — *W. F. Clossius* Theodosiani codicis genuina fragmenta, ex membran. biblioth. Ambrosianae Med. nunc primum ed. Tub. 1824. 8. — *A. Peyron* Theod. C. fragm. inedita, ex cod. palimpsesto bibl. R. Taurin. Athen. 4. — Theodosiani genuina fragmenta cum ex cod. palimps. Bibl. Taurin., tum ex membran. Bibl. Ambros. edid. *Ed. Puggaeus*. Bonn. 1825. 8. — *C. F. C. Wenck* cod. Theodos. Libri V priores. Lips. 1825. 8. — Cf. *v. Schröter* im Hermes (1825.) p. 314.—362.—*Schrader* Krit. Zeitschrift für R. W. (T. I, Tub. 1826.) p. 145 (in f.) — 166. — Bijdragen tot Rechtsgeleerdheid en Wetgewing voor den Jahr 1826 (te Amsterd. 1826.) p. 1 — 39. p. 313 — 357.

2) *Schrader* in Krit. Zeitschrift für R. Wiss. T. I. p. 169, 170. — Cf. *Zimmern* R. G. § 7.

3) Editiones exstant: Rom. 1823 (una cum *Symmachi* orat. et ep.), Par. 1823. Berol. 1824. 8. — *A. A. de Buchholdtz* juris civilis ante-Justinianei Vaticana fragmenta, e cod. rescripto ab Angelo Majo edita recognovit, commentario tum crit. tum exeget., nec non quadrupl. adpend. instruxit. Regiom. 1828. 8. — Cf. *v. Schröter* l. l. p. 362—377. — *Schrader* l. l. p. 167 — 186.

4) *v. Savigny* Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter I. Cap. III. p. 105 sqq.

curabant. Primus Theodericus, Ostrogothorum rex, opus ex omni jure Romano haustum, nova tamen prorsus ratione digestum, et ad temporis istius indolem conformatum, anno 500 publice proposuit; cui Edicti Theoderici nomen inditum [5]. Magis vero notanda nobis est ea, quae dein, paucis interjectis annis, Alarici, regis Visigothorum, jussu emanavit jurium collectio (*Breviarii Alariciani* nomine jam commemorari solita), quippe qua nonnullae juris veteris reliquiae, licet magna ex parte mutilae atque interpolatae, servatae nobis sunt [6]. Haud ita multo post secuta est lex Romana Burgundionum (quam vulgo Papiani responsa vocant), ordine quidem ac dispositione domesticae Burgundionum legis, consilio autem et ratione similis edicti Theoderici, nisi quod hujus legis conditores fere ubique fontium, ex quibus ipsi hauserint, mentionem injecerunt [7].

§ 10. *De jure Justinianeo* (*). *Jurium collectiones.*

Iis vero, quae in jurium libris componendis effecerant Barbarorum reges, longe superiores erant Justiniani hac in re labores, non solum operis prolixitate, verum etiam consilii dignitate ac rei ipsius quadam praestantia [1]. Qui cum in id potissimum intenderet animum, ut subditis cum ex veteris jurisprudentiae libris, tum ex legibus novis, i. e. imperatorum constitutionibus, utilia quacque ac maxime necessaria, usuique forensi passim accommodata traderet, primum quidem novum codicem, paravit, in quem non solum trium illorum Codicum Gregoriani, Hermogeniani, ac Theodosiani, verum etiam quae post illos editae erant constitutiones colligerentur [2], eundemque perfectum confirmavit anno 529 [3], tertio, posteaquam in imperii societatem ab avunculo adsumtus erat ac solus ipse regnare coeperat. Deinde per septemdecim viros legitimae scientiae artibus instructos, inter quos primum locum obtinebat Tribonianus, Pandectarum [4]

5) *v. Savigny* l. l. II. Cap. XI. p. 164 sqq. — *G. F. Rhon* comment. ad edict. Theodorici regis Ostrogothorum. Hal. 1816. 4.

6) Nimirum ex Gaji institutionibus, Papiniani libro responsorum Pauli receptis sententiis, tum etiam ex constitutionum collectionibus illis, Gregoriana, Hermogeniana atque Theodosiana, nec non, quae postea accesserant, novellis legibus. *v. Savigny* l. l. II. Cap. VIII. p. 36 sqq. — De lege Romana Utinensi vid. *de Savigny* l. l. T. II. p. 227—230. T. IV. p. 470.

7) *v. Savigny* l. l. II. Cap. VII. p. 9 sqq. — Editt. exstant in *Schultingii* Jurisprud. vet. ante-Justin. p. 827—854; in edit. juris ante-Justin. Berol. T. II. p. 1499—1541. — *A. Fr. Barkow* Lex Romana Burgundionum, ex jure Rom. et Germ. illustr. Gryphisw. 1826. 8. — De aliis juris collectionibus, quae huic aetati debentur, vid. *Hugo* R. G. p. 1006—1008. — *Zimmern* R. G. p. 50 sq. (Cf. supra § 3. not. **). — *Blume* Iter Italicum vol. I. p. VII. praef. — Non praetereunda hic collectio vulgo appellata *lex Dei* sive *Mosaicarum et Romanarum legum collectio*, cujus novam et caeteris praestantiorem editionem curavit *Frid. Blume*. Bonn. 1833. 8.

§ 10.

(*) *Ernst Spangenberg* Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch, oder Corpus juris civilis romani, handelnd von dessen Quellen, Entstehung, Plan, Verbreitung, gesetzl. Kraft in Teutschland, Verhaeltnisse zu den übrigen teutschen Rechtsquellen, Auslegung, exeget. und krit. Bearbeitungen, Uebersetzungen, Handschriften und Ausgaben. Hannov. 1817. 8. — Vid. et *ejusd.* commentatio in d. allgem. Encycl. von Ersch u. Gruber Bd. XIX. p. 345—369, et libri priori loco laudati censuram quam fecit *Wenck* in opusc. Acad. ed. *Fr. Car. Gust. Stieber*. Lips. 1834. p. 341, 397.

1) *v. Savigny* Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter I. p. 15 sqq. — *G. Hufeland* üb. d. eigenthüml. Geist d. röm. Rechts Nr. XIV—XVI. (civilist. Abh. I. Giess. 1815. p. 123 sqq.) — *v. Löhr* Justinians Compilation (Magaz. für Rechtswiss. u. Gesetzgebung, herausgeg. v. *Grolman* u. *v. Löhr*, III, 7. p. 176 sqq.). — *H. E. Dirksen* Bemerkungen üb. Justinians Compilation (civilist. Abh. I. Berl. 1820. 8. p. 192 sqq.).

2) Cod. *haec quae necessario*, de novo Codice faciendo (Id. Febr. 528.) pr. § 1.

3) Cod. *summa reipublicae*, de Justinianeo Cod. confirm. (VII. Id. April. 529.).

4) *A. Gellii* noct. att. XIII, 9. « In his esse praecipui quos graeco titulo videntur Πανδέκτας inscripsit, tamquam omne rerum atque doctrinarum genus continentes. » Modo singulari Pandectarum nomen et masculini generis esse videtur, ὁ πανδέκτης. Cf. *H. Brenkmann*. Hist. Pandectarum L. III. c. 6. — *Brissonius* de V. S. πανδέκτη. — De voce *Digesta* cf. *Hugo* in civ. Mag. VI. Nr. VIII.

s. Digestorum opus compositum est, continens e triginta novem JCtorum veterum [5]), potissimum ex Ulpiani, Pauli, Papiniani, Salv. Juliani, Scaevolae, Pomponii, ac Gaji scriptis excerpta, eaque ad edicti perpetui, codicisque Justin. ordinem maximam partem disposita [6]). Quo quidem opere coepto nec tamen absoluto [7]), Institutiones, i. e. juris breviarium accommodatum ad juvenum juris studiosorum captum intellectumque, Triboniano, Theophilo ac Dorotheo conscribendas mandavit, quae essent totius legitimae scientiae prima elementa [8]); via ac ratione in ipsis servata eadem, quam Gajus maxime secutus est, in *Institutionum commentariis quatuor*, cui etiam plurima in Justiniani Institutionibus debentur [9]). Quamquam autem prius absolutae editaeque erant Institutiones [10]) quam Pandectae, uno tamen eodemque die utrumque opus legis vim obtinuit, hoc est, die 30. m. Dec. anni 533 [11]). Verum enim vero cum non modo novae post priorem codicem confectum editae essent constitutiones, inter quas eminent quinquaginta decisiones, veterum altercationum dirimendarum causa propositae [12]), sed insuper legum argumenta earum, quae in Codice illo continebantur, non per omnia convenirent cum eo jure, quod ex antiqua sapientia suum fecerat imperator, repetitam codicis praelectionem (vocant *Codicem repetitae praelectionis*), opera usus Triboniani, Dorothei, Mennae, Constantini, et Joannis, adornavit, eundemque (prioris illius Codicis auctoritate atque usu omni abolito) die 16. Nov. anni 534 promulgavit [13]); simili fere ratione ac Digesto.

5) Sequuntur eorum nomina ex indicis Florentini serie passim emendata: Salv. Julianus, Papinianus, Qu. Mucius Scaevola, Alfenus Varus, Proculus, Qu. Ant. Labeo, Neratius Priscus, Javolenus Priscus, P. Juventius Celsus, Sext. Pomponius, Aburnus Valens, L. Volusius Maecianus, Jun. Mauricianus, Terentius Clemens, Sext. Caecil. Africanus, Ulpius Marcellus, Cervidius Scaevola, Florentinus, Gajus, Venulejus Saturninus, Cl. Saturninus Tertullianus, Papirius Justus, Domit. Ulpianus, Jul. Paulus, Cl. Thryphoninus, Callistratus, Arrius Menander, Ael. Marcianus, Ael. Gallus, Jul. Aquila, Herenn. Modestinus, Taruntenus Paternus, Aemil. Macer, Aurel. Arcad. Charisius, Licin. Rufinus, Furius Anthianus, Rutil. Maximus, Hermogenianus. — Caeterum ex Papiniano unum, ex Modestino plura fragmenta Graece scripta in Pandectas relata sunt. — Quae vero *Jo. Jensius* in stricturis ad Just. Cod. ac Pandectas (Rotterd. 1749. 4.) p. 1 — 52, satis quidem ingeniose fabulatus est, Pandectas hodie exstantes, e Graeco latine versas, ea jam dudum ab aliis sunt explosa, velut a *Jo. Aug. Bachio* in d. unparth. Kritik über jurist. Schriften 1, 3. p. 165 sqq. — Cf. *Eckhardum Walchiumque* in Hermeneut. jur. § 107.

6) C. *Deo auct.* (praemissa Dig. et ins. C. rep. prael.) L. 1. § 5. C. *de vet. jure enucl.* (1, 17.) — C. *Tanta* § 5. — Cf. *Hugo* Lehrb. d. Digesten. mehr nach Drittheilen u. partes, als nach Büchern u. Titeln, u. d. Constitutionen Codex (ed. 2. Berl. 1828.) p. 1—14. — *Id.* in civ. Magaz. V. p. 7—12. p. 15 — 17. — *F. Blume* Ordnung d. Fragmente in d. Pandecten. in d. Zeitschr. f. hist. R. W. p. 284. (not. 20.) — 286. p. 363 — 365. — *Welcker* System der Rechts-, Staats-u. Gesetzgebungslehre (I.), p. 664—670. — *Sam. Benfey* diss. de fundamentis Digestorum ordinis. Gott. 1825. — *Fr. Gu. Unger* diss. de duorum praecipuorum jurisprudentiae apud veteres systematum tam indole quam origine. Hannov. 1833. p. 21 sqq.

7) *Blume* l. l. p. 374, 375.

8) Pr. I. § 4. — C. *Tanta* § 11. — C. *δέδωκεν* § 11. — C. (ad antecessores) *omnem reipublicae* (praemissa Dig.) § 2.

9) Pr. I. § 6. — Cf. *G. Th. L. Marezoll.* comment. de ordine Institutionum. Gott. 1815. 4.

10) XI. Kal. Dec. (21. Nov.) 533. Pr. I. § 7. — Pandectae XVII. Kal. Jan. (16. Dec.) 533 editae sunt. C. *Tanta* in fin.

11) C. *Tanta* de confirm. Dig. [praemissa Dig. nec non codici rep. prael. inserta, L. 2. C. *de vet. jure enucl.* Eadem exstat Graece scripta (c. *δέδωκεν*) similiter tum Pandectis praemissa tum Codici L. 3. *eod.* inserta] § 23. »Leges autem nostras, quas in his codicibus, i. e. Institutionum, seu elementorum, et Digestorum, vel Pandectarum, posuimus, suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus, consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Kal. Jan. » (30. Dec. 533.)

12) § 2. I. *de libertin.* — § 16. I. *de oblig. quae ex del. nasc.* (IV, 1.) — C. *cordi nobis* § 1. 2. 5. — L. un. § 10. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) De numero harum decisionum, tum de ratione, quam compilatores in iisdem Codici repet. prael. inserendis secuti sint, vid. *Edm. Merillius* in prolegomenis commentario ad quinquaginta decisiones (Paris. 1618. 4.) praemissis; — *Abr. Wieling* in jurisprudentiae restitutae P. II. (contin. indicem legg. Cod.) p. 144. not. *; — *Jo. Sal. Brunnquell* hist. jur. Rom. germ. P. II. cap. VII. § 5 sqq. — Cf. *Hugo* in civilist. Magaz. V. p. 118 sqq. et praef. p. XII. — *Schrader* civilist. Abhandl. p. 241. (§ 4.) not. *. — *v. Savigny* Gesch. des R. R. im Mittelalter III. p. 666 et 694. nr. 241. — *Biener* Gesch. d. Nov. Justinians, p. 5. not. 11.

13) C. *cordi nobis* de emendat. Codicis (XVI. Kal. Dec. 534). — Caeterum de Codicis latinitate ac stilo inprimis vidend. *A. G. Cramer* über die Sprache des Codex und dessen Herausgeber, in d. Zeitschr. f. geschichtl. R. W. II. 12.

rum opus, ad edicti ordinem compositum, siquidem ab iis discesseris, quae ad sacri publicique juris spectant rationem, mirum scilicet in modum ab ea, quae antiquitus invaluerat, dissidentem [14]).

§ 11.

Quemadmodum autem id sibi imperator in reconcinnando jure proposuerat consilii, primum, ut, quae jam erant diffusae atque plerisque ignotae juris partes, ac necessaria quadam ratione constringerentur apteque inter se conjungerentur, quo facilius omnibus ad jura ediscenda pateficret via [15]), deinde, ut omnia jura hoc modo collecta compositaque legis vim similiter obtinerent, quasi ab initio essent ab ipso profecta [16]); ita compositoribus, qua ratione utrique huic consilio satisfacerent, peculiariter quaedam praecepit hunc in modum: ut supervacua atque ab usu remota resecarent, imperfecta replerent, et si qua emendatione opus foret, hanc susciperent non titubante animo [17]), praeterea, ut nulla repugnantia, nec simile quidquam seu iterum positum in his libris inveniretur, « nisi forte vel propter divisionem, vel propter repletionem, vel propter pleniorem indaginem hoc contigerit » [18]). Omnia autem ex ipsius sententia esse perfecta, post opus absolutum declaravit, haec quidem subjiciens: « Si quid autem in tanta legum compositione, quae ab immenso librorum numero collecta est, simile forsitan raro inveniatur, nemo hoc vituperandum existimet, sed primum quidem imbecillitati humanae hoc adscribat, deinde sciat, *quod similitudo in quibusdam* et his brevissimis *adsumta non inutilis est*, et nec citra nostrum propositum hoc subsecutum: *aut enim ita lex necessaria erat, ut diversis titulis propter rerum cognationem applicare eam oportuerit, aut cum fuerat aliis diversis permixta, impossibile erat eam per partes detrahi, ne totum confunderetur* [19]). — Contrarium autem aliquid *in hoc codice positum* nullum sibi locum *vindicabit, nec invenitur*, *si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet: sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit, discordiae fines effugientem* » [20]). Melius tamen haud dubie ex mente consilioque imperatoris opus sibi demandatum perfecturi erant compositores, si non nimium festinanter in medias quasi res irruissent, neque id sibi maxime laudi duxissent ac gloriae, ut rem tot tantisque laboribus repletam quam brevissimo tempore absolverent [21]). Hinc scilicet fit, ut juris Justinianei libri non modo

14) De librorum et titulorum totius juris civilis Justinianei ordine ejusque ratione ex professo egit *Hub. Giphanius* in oeconomia juris. Frcf. 1606. 4. — [De ordine Codicis cf. *Aug. Henr. Oberg* de ordine quo constitutionum codex quem in corpore juris habemus compositus sit, praesertim quoad eos libros, quibus hodie utimur. Goett. 1851 E. G.]

§ 11.

15) C. *Deo auctore*, § 1. — C. *cordi nobis* § 3.
16) C. *Deo auctore*, § 6. 7. — C. *Tanta* § 20.
17) C. *haec quae necessario* § 2. (« adjicientes quidem et detrahentes, imo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commoditas exigeret »). — C. *Tanta* § 10 — C. *summa reipubl.* § 4. — C. *cordi nobis* § 3. — De ejusmodi correctionibus, quas interpolationes s. emblemata Triboniani nunc vocant, vid. *Jo. Jac. Wissenbachii* emblemata Triboniani, et *Jo. Wybo* Tribonianus ab emblematibus *Wissenbachii* liberatus, cum praef. *J. G. Heineccii*. Hal. 1736. 8. — Cf. *Spangenberg* l. l. p. 237 sqq.
18) C. *haec quae necessario* § 2. — C. *Deo auct.* § 9. 10. — C. *summa* § 1.
19) De geminationibus in Jure Justinianeo obviis vid. *Pardulphi Prateji* Jurisprudentiae mediae libri IV. (Lugd. 1561. 8. et in *Ottonis* thesauro juris Rom. T. III. p. 511 sqq.) l. — *F. Blume* de geminatis et similibus, quae in Dig. inveniuntur, capitibus. Jen. 1820. 8.
20) C. *Tanta* § 14, 15. — Cf. Nov. 158. — C. *cordi nobis* § 4. — *v. Löhr* l. l. p. 192, 193. — *Hufeland* üb. d. eigenthüml. Geist d. R. R. Nr. II. p. 134 sqq.
21) *Hugo* civil. Magaz. V. p. XX — XXIII.

praeter necessitatem saepissime antiquam sapientiam redoleant, verum etiam antinomiis, quae passim in iis inveniuntur [22]), et maxime ambiguitatibus obscuritatibusque, quippe ex eo ortis, quod singulis in locis male inter se cohaerent res sententiaeque, vehementer offendamur [23]). Caeterum eadem ista compositorum levitate effectum esse videtur [23a]), ut veteris prudentiae magna pars pura sincceraque ad nos pervenerit, quae alioquin foede corrupta innumerisque inconditae ac barbarae doctrinae vestigiis contaminata dehonestataque ad nos delata fuisset. Neque vero existimare licet in singulis fragmentis disponendis nullum plane ordinem modumque observasse collectores, nisi quod variis titulis, quos pro argumentorum diversitate distinxerant, singula excerpta subjecerint [24]). Nam in Digestorum quidem fragmentis ordinandis non solum id egerunt, ut loca rebus sententiisque inter se cohaerentia apte conjungerent, verborum adeo copulationibus hic illic interjectis [25]), verum etiam ipsius naturae indolisque fontium, unde emanavit jus, et in colligendis et in digerendis locis, diligentissime rationem habuerunt [26]). Tres enim constituerunt scriptorum excerpendorum classes [27]): unam eorum, quae ad jus civile maxime spectabant, in quibus principatum quendam obtinebant Sabinianorum scripta, nonnullis tamen ex edictalium serie admixtis, iisque talibus, quae ipso rerum argumento cum Sabinianis apprime conveniebant [28]); alteram eorum, quae juris doctrinis, edicto potissimum debitis, illustrandis inserviebant; ad tertium vero genus scripta retulerunt ejusmodi, quae ad vitam usumque rerum forensem proxime accedebant, inter eaque primus honor Papiniani scriptis habitus est. Quorum quidem omnium scriptorum et perlegendorum et excerpendorum similiter inter se officium diviserunt, collectaque ad eandem rationis normam per singulos titulos ita disposuerunt, ut collectorum ex unoquoque genere major congeries priori plerumque loco adsignaretur [29]), haud tamen raro singulorum locorum observandorum ratione perturbata, aliis scilicet consulto, aliis temere transpositis, aut additis postea interjectisve, quae antea fuerant omissa [30]). Codicis autem repetitam praelectionem quod attinet, non modo singulas constitutiones

22) *Hub. Giphanii* Antinomiarum jur. civilis lib. IV. 1616. 4. et Frcf. 1666. 4. — *Jul. Pacii* ἐναντιοφανῶν centuriae decem. Lugdun. 1631. 8 et saepius. — *Ge. Ad. Struvius*, *Dion. Gothofredi : Immo*, hoc est conciliatio legum in speciem pugnantium, quas in notis ad Pandectas Dion. Gothofredus verbum *immo* usurpando indicare consueverat. Frcf. 1695. 4.

23) *Dirksen* civilist. Abh. I. p. 218 — 220. — De crucibus JCtorum s. de legibus damnatis vid. *Walchium* ad *Eckhardi* Herm. jur. § 94, ibique alleg. *Cornel. v. Eck* C. de septem damnatis legibus Pandectarum. — Caeter. cf. *Ulr. Huberi* Eunomia Romana s. censura censurae juris Justinianei, posth. opus. Amstelod. 1724. 4 (ed. 2).

23a) [(Compilatores jam de sensu fragmentorum dissensisse et nonnullos locos contrarios invenisse constat ex Basilicorum scholiis (vid. infra § 13. not. 11.); quo nobis probari videtur eos non solum de jure practico tractare, sed et controversiis examinandis exemplum praeclarum dare voluisse. E. G.]

24) Qua quidem in re item inconsiderate negligenterque collectores egerunt, siquidem non semper suis titulis subjecerunt fragmenta. Vocant *fugitivas* s. *erraticas leges*. *Eckhardi* Herm. jur. L. I. § 169 — 175. ibiq. laudati scriptores, quibus add. *Jac. Cujacii* obs. III, 37. — Cf. *Auctoris* Cession p. 61. not. 107 (ed. 2).

25) *G. Hufeland* de legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecutione petendo. (Cf. *Crameri* dispunct. jur. civil. c. III.) — *Blume* Ordn. d. Fragm. p. 291 sq. Caeterum vid. *eund.* § 19. p. 361 et 366.

26) *F. Blume* über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten (Zeitschr. f. histor. R. W. IV. p. 257—472). — *Gothofredi* praefat. comment. ad tit. de reg. jur. praem. (opp. min. ed. *Trotz*, p. 719 sqq.). — *Hugo* Lehrb. der Digesten, § 11. n. 6. — Cf. *A. Reimarus* Bemerkungen und Hypothesen über die Inscriptionenreihen der Pandektenfragmente. Gött. 1830 et A. L. Z. 1834. fasc. 138. p. 492 sqq., et fasc. 139. p. 504.

27) *Blume* l. l. § 3. p. 270 sqq. — Cf. tamen *Hugo* Lehrb. der Digesten p. 17, et C. *omnem reipublicae* § 1.

28) *Blume* l. l. p. 279 sq.

29) *Blume* l. l. p. 349 — 352.

30) *Blume* l. l. p. 274, 284, 293 — 348.

ordine, ut aiunt, chronologico suis compositores subjecere titulis, sed ita eis inter se connectendis operam dederunt, ut unius velut legis singulae viderentur esse partes; quarum magnum quidem numerum nulla alia ex causa receptum esse, nisi quo melius juris posterioris conversiones intelligerentur, id cum ex principiorum ratione, tum ex singularum legum conjunctione apparet [31]).

§ 12. *Novellae constitutiones* (*).

Transactis collectoris partibus, imperator per triginta fere annos, quibus adhuc regnavit, magnam novarum legum copiam seorsum edidit, quibus jus ab ipso sancitum confirmatumque multis in causis abrogavit, mutavit, correxit [1]). Cum autem antea imperatores atque ipse etiam Justinianus in constitutionibus exarandis latina maxime lingua uti soliti essent, rarius etiam graeca [2]), hae quidem novellae constitutiones (νεαραὶ διατάξεις) [3]) graece maximam partem conscriptae sunt [4]), nonnullis vel latine tantum (velut Nov. 9, 11, 23, 33, 35 — 37, 62, 65, 75, 104, 114, 138, 143, 150), vel utraque lingua compositis, ut Nov. 17 (praeter praefationem, quae latine scripta est), 18 [5]), 32 (cujus quidem latina exstat forma Nov. 34), 111 [6]). Neque vero imperatorem (quod quidem facturum se esse promiserat) [7]) has suas ipsum collegisse constitutiones, jam pro certo affirmari potest [8]). Plures autem exstitere collectiones a privatis hominibus susceptae, atque ex his quidem tum *Juliani* Novellarum epitome, aliquot ante annis, quam e vita discessit Justinianus, latine edita [9]), tum vero ea Novellarum collectio, qua hodie utimur, prodierunt [10]). Nec quae in hac continentur Novellae CLXVIII [11]) omnes sunt, Justiniani; aliae enim *Justino II* tribuendae (140, 144, 148, 149) [12]), aliae *Tiberio* (161, 163, 164) [13]), aliae ex Eparchicis desumtae sunt, i. e. ex edictis Praefectorum Praetorio (165 [14]), 166, 167, 169) [15]). Praeterea

31) Cf. C. *haec quae necessario* § 2. Exempla invenies multa. Cf. L. 19. C. de jur. delib. (VI, 30.) coll. c. L. ult. eod.

§ 12.

(*) *C. Fr. Zeperniek* delectos scriptorum Novellas Justiniani imp. earumque historiam illustrantium. (Praefatus est de difficultatibus atque impedimentis conscribendi historiam singularum Justiniani Novellarum.) Hal. 1783. 8. — *F. A. Biener* Geschichte d. Novellen Justinians. Berl. 1824. 8.

1) *Biener* l. l. p. 10 — 13.

2) De graecis, quae in Cod. repet. pracl. obvia sont, vid. *Dirksen* civilist. Abh. 1, 1. p. 56. sqq. — *Biener* l. l. p. 15 et p. 378 sqq.

3) *Biener* l. l. p. 35 — 37.

4) Cf. *Aem. Lud. Hombergk zu Vach* de novellarum constitutionum imperatoris Justiniani lingua originaria et vulgatae versionis aetate, auctore et usu in foro diatribe (in *Zepernickii* collect. Nr. II. p. 177 sqq.) — *J. M. Silberradii* not. *a.* ad *Heineccii* hist. jur. § 396. — *Biener* l. l. p. 19 in f. — 21. — Disseot. *Ferd. Aug. Hommel* de textu Novellarum originario conjecturae (apud *Zepern.* Nr. III. p. 267 sqq.).

5) Cf. Nov. 66. c. 1.

6) *Biener* l. l. p. 17 — 19.

7) C. *cordi nobis* § 4, in f.

8) *Biener* l. l. p. 38 — 51. — Dissent. *A. L. Hombergk zu Vach* de collect. Novellar. a Justiniano facta Schediasma (ap. *Zepern.* l. l. p. 295 sqq.), qui tamen eam, qua nunc utimur, collectionis speciem Justiniano non deberi ipse haud diffitetur ibid. § 16.

9) *Biener* l. l. p. 70 — 84. p. 232 — 242. p. 604 — 607. — Locupletissimum editionum codicumque Mss. indicem exhibuit *Haubold*: Beitrag z. Gesch. d. Novellenauszugs von Julian; in Zeitschrift f. geschichtl. R. W. IV. p. 131 — 188. et p. 491 — 494. — Cui jam add. quae scripsit *Bienerus* loc. modo laud.

10) *Biener* l. l. p. 51 — 57. — De Rubricarum origine, tum de singularum Novellarum in capitula partitione vid. eund. *Bienerum* l. l. p. 57. — 62. p. 111 — 113. p. 255.

11) *A. G. Cramer* Beiträge z. Gesch. d. Novellen; in *Hugonis* civ. Mag. III. Nr. VII. p. 157. — *de Savigny* Beitrag z. Gesch. d. Novellen; in Zeitschr. f. geschichtl. R. W. II, 3. p. 102. — *Biener* l. l. p. 8, 9. p. 85 — 93. p. 110. 111. (Nr. VII.) — *C. J. A. Kriegel* Symbolae criticae ad Novellas Justiniani. s. Nov. LXXXVII in integrum restituta. Lips. 1832. 4.

12) *Biener* l. l. p. 93 — 97.

13) *Cramer* l. l. p. 158. nr. 2. — Caeter. vid. *Biener* l. l. p. 97, 98.

14) Vid. caeteroquin *Cramer* l. l p. 159.

15) *Biener* l. l. p. 98 — 102.

plures inveniuntur geminae, ut 52 et 54, 41 et 50 [16]). Contra vero extra hanc collectionem vagantur decem Justiniani edicta, quae in tredecim edictorum collectione continentur [17]). Quae quidem, itemque novellarum Justini minoris, Tiberii, Leonis philosophi [18]) collectio, cum aliis imperatorum Justiniano posteriorum constitutionibus [19]), in corporis juris civilis accessionibus edi solita est.

§ 13. *De juris Justinianei in Oriente usu, tum de ejus interpretationibus ac versionibus graecis.*

Juris Justinianei in terris praesertim Romani imp. orientalis usus per plura secula obtinuit, nec novellarum constitutionum ab impp. Justiniano posterioribus editarum auctoritate eversum est [1]). At usum ipsorum juris Justinianei librorum atque auctoritatem in foro versiones interpretationesque eorundem graece conscriptae occupaverant [2]); inter easque potissimum *Theophili*, antecessoris Constantinopolitani, paraphrasis Institutionum [3]), tum etiam *Stephani*, *Thalelaei*, *Theodori*, aliorum commentarii in Pandectarum locos atque impp. constitutiones [4]). Quae cum nec intra eos cancellos sese continerent, quibus imperator quasi sepimento interpretes circumdederat [5]), fieri non potuit, quin plurimum valerent ad commutandam paullatim eam, quae antea fuerat, jurisprudentiae faciem. Iisdemque vel maxime usus est interpretationibus *Basilius Macedo* imp. in opere concinnando τῶν βασιλικῶν, quo id potissimum egit, ut juris Justinianei praecepta, quatenus quidem sui temporis rationi adhuc convenirent (unde τῶν βασιλικῶν ἀνακάθαρσις), graeca lingua retractaret. Opus in sexaginta libros distinctum (unde ἑξηκοντάβιβλος) post Basilii mortem (ob. 886) denuo sub censuram vocarunt filius Leo [6]), cui cognomen fuit Philosophi (ob. 911) ipsiusque Leonis filius Constantinus Porphyrogenetus, ejusdemque

16) *Biener* l. l. p. 9. not. 6. p. 103 — 110.
17) *Biener* l. l. p. 115. 116.
18) *Casp. Achat. Beck* de Novellis Leonis Philosophi earumque usu et auctoritate liber singularis, adjectis animadversionibus et mantissa commentationum ad argumentum spectantium (insunt: 1) *editoris* praetermissa de vita, rebus gestis et constitutionibus, etc. Leonis; 2) *Ja. Fr. Olearii* Pr. de valore Novellarum Leonis; 3) *editoris* conjecturae, quibus ex causis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant) ed. *C. Fr. Zepernick*. Hal. 1779. 8.
19) Byzantinorum imperatorum quorundam novellae inde a Basilio Macedone collectae sunt in *Jo. Leunclavii* jure Graeco-Romano tam canonico quam civili — (cura *Marq. Freheri*. T. I. II. Frcf. 1596. f.). T. II. p. 134—192.

§ 13.

1) *Biener* l. l. p. 123.
2) *Biener* l. l. p. 122.
3) *Theophili* antecessoris Paraphrasis graeca institutionum caesarearum: cum notis integris *P. Nannii, J. Curtii, D. Gothofredi, H. Ernesti*, et *C. A. Fabroti*, ac selectis quampluriorum eruditorum observationibus; lectionum varietates ex primariis editionibus et Pithoeano MS. inseruit, novam versionem κατὰ πόδα concinnavit suasque animadversiones addidit *Gull. Otto Reitz*; qui et fragmenta Theophilina nunc primum collecta et titulos graecos *de V. S.* ac *de R. J.* — nec non XX excursus varii argumenti — cum glossario Theophilino — subjunxit. T. I. II. Hag. Com. 1751. 4. [Cf. *Jo. Gothofr. Sammet* opuscula var. arg. (Lips. 1763. 4.) nr. VIII.] — Prodromus corp. jur. civil. a *Schradero, Clossio, Tafelio* edendi § 21 (p. 141—143).
4) Vid. infra not. 11. — *Thalelaei*, *Theodori*, *Stephani*, *Cyrilli*, aliorumque JCtorum graecorum commentarii in Titt. D. et Cod. *de postulando* sive *de advocatis*, et *de procuratoribus* et *defensoribus* (nec non: *quod cujusque univ. nomine*) — nunc primum edid., latine vertit et castigavit *Dav. Ruhnkenius*. Hag. Com. 1752. fol. et in *Meermanni* thes. jur. civ. et can. T. III. ind. p. 1—44. et T. V. (2.) p. 1 — 84. (Cf. *Biener* l. l. p. 55. not. 34.) — *Schraderi* prodromus corporis jur. civ. (Berol. 1823.) p. 57. — *Goeschenii* praef. ad Gajum p. 66. (ed. II.) — *Biener* l. l. p. 122—127.
5) C. *Deo auctore* § 12. — C. *Tanta* § 21: « Nisi tantum si velit eas in graecam vocem transformare, sub eodem ordine, eademque consequentia, sub qua et voce Romana positae sunt: hoc quod Graeci κατὰ πόδα dicunt (vid. *Haloandri* praef. Novellarum); et si qui forsitan per titulorum subtilitatem adnotare maluerint, et ea, quae paratitla (v. *Menagii* amoenitatt. juris civ. c. 15.) vocantur, componere. »
6) Vid. § 12. not. 18.

repetitam praelectionem, singuli deinceps, publicarunt [7]. Cujus quidem operis maxima pars ad nos pervenit [8], incomparabile sane juri Justinianeo tamquam fonti suo explicando adjumentum [9], quandoquidem ex omni fere hujus juris volumine, sive potius versionibus ejus graecis maxime haustum est [10]. Ad Basilicorum libros scripta collectaque sunt tum scholia, quorum magna pars item ex Justinianeorum JCtorum scriptis est desumta [11], tum etiam glossae nomicae, sive breviores verborum, quae in Basilicis obvia sunt, interpretationes [12]. Praeterea summas quoque s. breviaria juris Byzantini, et Basilius (πρόχειρον τῶν νόμων) [13] et Leo (ἐκλογή) [14] perfecerunt. Neque alii defuere, qui concinnandis ex jure Byzantino epitomis operam darent [15], in quibus praecipuum quendam locum obtinent Synopsis Basilicorum sive ἐκλογὴ Βασιλικῶν [16], tum vero τὸ πρόχειρον τῶν νόμων s. manuale juris a Constantino Harmenopulo ad supplendum Basilii imperatoris πρόχειρον, seculo demum aerae nostrae XIV compositum [17].

§ 14. *Juris Justinianei in Italia usus ab ejus origine ad restauratam a glossatoribus jurisprudentiam* (*).

Expulsis ex Italia barbaris, in occidentali quoque imperii parte juris ustlanci

7) *Biener* l. l. p. 127 — 130. quem potissimum secutus sum. —Caeter. vid. et *Jos. Mar. Suaresii* notitia Basilicorum, praemissa edit. Basilicorum Fabrotianae, et saepius, noviss. cum observationibus *Chr. Fr. Pohlii.* Lips. 1804. 8. — *C. G. E. Heimbach* D. de Basil. origine, fontibus, hodierna conditione atq. nova edit. adornanda. Lips. 1825. 8. (Cf. Krit. Zeitsch. f. R. W. II. (Tüb. 1827.) p. 49 —56.) —*Biener* p. 145—151.— *Hugo* Rechtsgesch. (ed. X.) p. 1015 sqq.

8) Nimirum ex vulgari sententia XXXVI libri integri post *Reitzii* curas (cf. tamen *Hauboldi* manuale Basilic. etc. p. 325—sqq.— *Biener* l. l. p. 152 — 155); septem lacunosi editi sunt, reliquos e synopsi aliisque fontibus supplere atque restituere conatus est *Fabrotus.* — βασιλικῶν lib. LX *Car. Annib. Fabrotus* latine vertit, et graece (una cum scholiis) edid. T. I — VII. Paris. 1647 fol.— Basilicorum libri quatuor (49, 50, 51. 52), ex cod. mscr. regiae bibliothecae Parisiensis nunc primum editi, variantes lectiones collegit, notasque — addidit *G. O. Reitz,* in *Meermanni* thes. jur. civ. et can. T. V. (init.) p. 1 — 104. — [Cf. *Höpfner* Berichtigung gewöhnlicher Vorstellungsarten über die späteren Schicksale der Basiliken. Mit (Anmerkungen und) zwey Zugaben von *Hugo* (in *Hugo's* civ. Mag. II. 18.); — *Schrader* in Prodr. corp. jur. civ. p. 8. sq. not. 7.] — *C. Witte* Basilicor. tit. de div. reg. jur. antiqui, nunc demum integer ed. Vratisl. 1826. (Cf. Krit. Zeitschr. l. l. p. 56—61.)—*Biener* in *Hugo's* civ. Mag. Bd. VI. Nr. III. p. 56 sqq. — Novam editionem et versionem anno 1833 publicare coepit *C. G. E. Heimbach*: Basilicorum libri LX. Post Annibalis Fabroti curas ope Codd. Mss. a *Gust. Ern. Heimbachio* aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adjecit Dr. *Car. Guil. Ern. Heimbach.* Lipsiae.

9) *Eckhard* et *Walch* de versionibus juris graecis earumque recto usu in interpretando. (Herm. jur. c. 7.) — *C. G. Haubold* Manuale Basilicorum exhibens collationem juris Justinianei cum jure graeco post-Justinianeo, indicem auctorum recentiorum, qui libros juris Romani e graecis subsidiis vel emendaverunt vel interpretati sunt, ac titulos Basilicorum cum jure Justinianeo et reliquis monumentis juris graeci post-Justinianei comparatos. Lips. 1819. 4.

10) Vid. *Biener* l. l. p. 127, 128.—*K. Witte* die leges restitutae p. 30 — 34.

11) Vid. *G. O. Reitz* in excursu XX. ad Theoph. *Idem* in praef. ad quatuor Basilic. libr. a se editos, § V. —Cf. *Ruhnken* in praef. ad. *Thalelaei, Theodori* aliorumq. JCtorum graecorum comment. in Tit. Dig. et Cod. *de procur. et defens.* — *A. Gu. Crameri* Dispunct. juris civ. (Suer. 1792. 8.) c. 1 in f.—Cf. earundem dispunct. c. 3. inscr. Ῥωμαϊκὰ Μαγίστρου quid? — *Biener* p. 55. — *Witte* die leg. rest. p. 35, 36.

12) Veteres glossae verborum juris, quae passim in Basilicis reperiuntur — accesserunt — *Jo. Scaligeri* et aliorum doctor. viror. emendationes, denique notae *Ant. Schultingii*; in *Ottonis* thes. jur. Rom. III. p. 1697 sqq.

13) *Biener* l. l. p. 131 — 135. —Caeter. vid. *Silberradium* ad *Heineccii* hist. jur. § 404. not. a. — *Bachii* hist. jur. Rom. Lib. IV. c. II. Sect. II. § 3. et ibi *Stockmannum.*

14) *Biener* p. 132 sq. — Caeter. vid. *K. Witte* im Rhein. Museum II. p. 275 sqq. (add. III. p. 23 —sqq.) —*Blume* ibid. T. IV. fasc. II. p. 225.—232.

15) *Cujacii* obs. VI in f. — *Biener* l. l. p. 133 sq.—*K. Witte* Rhein. Mus. II. p. 275 sqq. III. p. 23 sqq. — Observationum juris Graeco-Romani Pars prima. Scriptoris anonymi de actionibus librum ex tribus Codd. Mss. primus edidit *Gust. Ern. Heimbach.* Lips. 1830.

16) LX Librorum Basilicῶn, i. e. universi juris Romani graecam in linguam traducti eclogas. Synopsis Basilicorum, gr. et lat. edita a *Jo. Leunclavio.* Basil. 1575. fol. — *Car. Labbaei* observation. et emendation. in Synopsin Basilicor. Paris. 1607. 8. (Cf. *Cujac.* XVIII. obs. 37.). — *Biener* p. 151. — *Witte* die leges restitutae, p. 34 — 38.

17) Saep. edit. et noviss. ex rec. etc. notis *O. G. Reitzii* in Suppl. thes. *Meermann.* p. 1 — 374.— Cf. *Biener* l. l. p. 156, et *Witte* die leges rest. p. 41.

§ 14.

(*) *Fr. C. v. Savigny.* Gesch. d. Röm. Rechts im Mittelalter. T. I. II. Heidelb. 1815. 1816. 8. T. III. 1822. T. IV. 1826. T. V. 1829.

auctoritas restituta est [1]). Quae ne expugnata quidem a Longobardis Italia plane exolevit [2]), quin etiam in provinciis Francorum ditioni subjectis invaluit [3]). Quemadmodum autem inde tolli non potuit juris fontium auctoritas eorum, qui antea in his terris obtinuerant, ita ipsorum juris Justinianei librorum lectio atque usus aut nullus aut certe haud frequens videtur fuisse; utpote ad cujus intellectum nemo accedere possit, nisi qui antiqui juris rationes penitius perspectas habeat. Ac Novellarum adeo, licet ad seculi genium propius accedentium locum et auctoritatem in foro usurpavit Juliani illa, quam supra memoravimus, Novellarum epitome [4]). Neque vero eodem tempore viros defuisse, qui his ipsis libris, quotquot eorum adire illis liceret, perlegendis operam enixe impenderent, ac suam qualemcunque notitiam in commune conferrent, id cum ex aliis, quae adsunt, vestigiis [5]), tum vero maxime ex duobus illis libris, juris Justinianei quasi brevibus compendiis, intelligitur, uno, quem vulgo *Petri* exceptiones, i. e. excerptiones, vocant, qui quidem ex eo jure quod tum temporis obtinebat, plura habet admixta [6]); altero, cui *Brachylogi* indunt nomen [7]), in quo juris Romani sincera propemodum atque intemerata praecepta, ordine maxime Institutionum Justinianearum servato, plane ac dilucide, sermone vero pro temporis istius barbaria satis puro ac nitido, traduntur.

§ 15. *Usus ac propagatio juris Romani inde ab instaurato ejus in Italia studio* (*).

Nova autem omnium bonarum artium studiis inde a Sec. XII affulsit lux, caliginem, qua paene inductae latuerant illae, splendore suo discutiens, ac nostrum quidem studium ad incredibile quoddam gloriae atque auctoritatis fastigium extollens. Scholae enim juris non fluxae et fragiles, quales antea quidem fuerant, sed perpetua doctorum successione celebres Bononiae aperiuntur ab Irnerio quodam (s. Guarnerio s. Wernerio); singulae juris Justinianei opes, partim latentes oblivioneque paene obrutae, egregio quodam ardore undique conquiruntur, atque ex omnibus Europae terris juvenes juris illius perdiscendi cupiditate ducti convolant Bononiam, idemque jus in patriam reduces causis negotiisque tractandis summo cum fructu adhibent. En causam, cur jus Justinianeum per

1) Pragmat. Sanctio Justiniani (de a. 554.) c. XI. « Jura vel leges *codicibus nostris insertas, quas jam sub edictali programmate in Italiam dudum misimus*, obtinere sancimus : sed et eas, quas postea promulgavimus constitutiones, jubemus sub edictali propositione, ex eo tempore, quo sub edictali programmate evulgata fuerint, etiam per partes Italiae obtinere. » *v. Savigny*, p. 174. *Biener* Gesch. d. Nov. Justin. p. 224 — 227.

2) *v. Savigny* l. l. II. p. 175 — 186. 193 — 196. 205 — 224. 227 — 237. (Cf. I. p. 363.) 256 — 260. — *Biener* l. l. p. 227 — 242. — Cf. *Heineccius Ritterusque* in hist. jur. Rom. § 411.

3) *v. Savigny* l. l. II. p. 109. 110. 118. 126 — 129. — (Cf. cap. XV. p. 261 — 294.)

4) Vid. *Ritterum* ad *Heinecc.* hist. jur. l. § 403 et *v. Savigny* l. l. II p. 143, 155, 188, 206, 233, 277. cet.

5) *Fr. Aug. Biener* historia authenticarum. Sect. I. § 2. p. 14 sqq. — *v. Savigny* l. l. II. p. 187 — 192. p. 224 — 227. T. III. p. 665 — 668. p. 671 — 717. (Glossa Turinensis.) — *Biener* Gesch. d. Novellen Justin. p. 227 — 242. — *Schrader* in prodromo corp. j. civ. § 42. — Cf. *Niebuhr* Röm. Gesch. II. p. 540 sqq.

6) Edit. noviss. in *Savignyi* opere modo laudato. II. p. 297 — 392. — Cf. ibid. p. 130 — 135. T. III. p. 662 — 664. — *Hugo* Gesch. d. Röm. Rechts seit Justinian. (2te Aufl.) § 69.

7) De hujus libri ratione atque indole, fontibus, libris scriptis nec non typis evulgatis vid. *v. Savigny* l. l. p. 238 — 256. — Cf. *Crameri* dispunct. jur. civil. c. 12. Pervulgatissima videtur esse *H. C. Senckenbergii* editio (Frcf. et Lips. 1743. 4.), quae tamen in ipso libri titulo insigne negligentiae specimen praefert, quippe Brachylogum corpus legum esse *paulo post Justinianum conscriptum* ostentans. (Cf. Brachyl. Lib. IV. c. 3. § 12. — ex edit. *Bœckingii* Tit. IV. § 18 — in f.) — Corpus legum s. brachylogus juris civilis, et incerti scriptoris epitome juris civ. e Codice Tubingensi nunc primum edita ; ed. *E. Bœcking*. Berol. 1829. 8. De inscriptione libri vid. *ejusd.* Diss. in Rhein. Mus. IV, p. 142 — 164.

§ 15.

(*) *de Savigny* l. l. T. III. c. 18.

totam fere Europam propagatum, jurisque scripti auctoritatem nactum sit [1], quae quidem ante vel plane nulla fuerat, vel imperfecto, aut omnino incerto fontium usu nitebatur. At vero felicissimus ille successus quam maxime etiam ex ipsius juris Romani indole ingenioque praeclaro repetendus est. Cujus quippe praecepta, si minus omnia, at certe plurima eaque gravissima ita sunt comparata, ut eorum usus minime aut certarum regionum terminis contineatur, aut regimiuis quadam formula certae civitatis propria definiatur, verum ubivis gentium esse possit, maxime ubi commerciorum usus augeri, vita civilis negotiorum quadam multitudine amplificari impedirique, ac populus ipse ad litterarum omniumque bonarum artium studium adsurgere coepit. Contra vero domesticarum legum studium parum adferre videbatur utilitatis, ac multo etiam minus habere delectationis. Inconditae enim erant et rudes, ac saepenumero etiam aut mores, aut instituta civilia, inprimis quod ad judiciorum formulas atque rationem attinet, redolebant ejusmodi, quae usu ac vetustate jam exoleverant. Cum igitur istius aevi homines facile adsuescerent, quidquid de jure vel cogitarent vel scriberent, id sententiis, ex jure Romano depromtis, tamquam antiquae et perpetuae sapientiae praeceptis instruere, fieri non potuit, quin jurium fontes, temporibus atque ratione inter se diversissimi, jure Romano tamquam colore imbuti, sine hujus juris accuratiore cognitione vix ullum in foro usum praeberent [2]. Hac jam ratione pristini juris indole paullatim immutata, tandem peregrini juris auctoritas in his fere causis negotiisque praevaluit, quae communi quadam principiorum ratione nituntur; tum etiam novae prorsus jurium formae ex diversorum fontium velut mixtura emergebant, patrii juris proprietate non nisi in partibus quibusdam necessariis retenta. Caeterum ad auctoritatem juri Romano in Germania comparandam haud parum profuit imperatorum majestas, huic juri, tamquam a majoribus suis profecto, ipsorumque praeterea commodis multimodis inservienti, enixe faventium. Ad summam autem gloriam hocce nostrum studium evexerunt *Friderici* impp. I et II, qui, dum schola glossatorum florebat, praesentes in Italia aderant [3]. Alter enim celeberrimorum illius temporis JCtorum opera in constituendo Italiae regno usus est [4], in consilium ipsis adhibitis conventuique ad Roncaliam anno 1158 habito (§ 16. not. 6), tum etiam privilegiis Scholam Bononiensem auxit [5]; uterque autem in maximis semper honoribus habuit JCtos, legesque adeo nonnullas a se latas, Codici repetitae praelectionis inseri jussit, ut parem eum constitutionibus Justinianeis vim obtinerent [6]. Hisce jam omnibus in unum concurrentibus causis, etiam contra nitentium quorundam Germaniae procerum ausibus non potuit impediri, quo minus in legis vim jus Romanum pedetentim abiret. Id quod non legis alicujus publicae sanctione effectum est, sed solo utentium consensu, legibus deinceps confirmato, obtinuit [7].— Sed quoniam non modo praecipua hujusce rei causa in doctrinae instauratione

1) Cf. *Arthur Duck* de usu et authoritate juris civilis in dominiis principum Christianorum. Londini, 1653. 8.—*E. Spangenberg* Einleit. in d. Röm. Justin. Rechtsbuch. Th. I. Kap. IV. p. 86 — 116.— *K. Fr. Eichhorn* deutsche Staats- und Rechts-Geschichte. Theil II (2te Aufl. Gœtt. 1819.) § 265 sqq. Th. III. § 440 — 442.

2) *Eichhorn* l. l. § 444.

3) Vid. *Silberradium* ad *Heineccii* hist. jur. Lib. II. § 60. (p. 815—845.)— *Eichhorn* l. l. § 269.

4) *M. Sartius* in opere de claris Archigymnasii Bonon. professoribus. p. 9 sq. § 25.

5) Auth. *habita* C. *ne fil. pro patre.* (IV, 13.) — *Savigny* Gesch. etc. T. III. p. 152 sqq.

6) Vid. verba final. auth. *habita*, et *Biener* hist. authent. 19. — *Savigny* T. III. p. 482—484. 493.

7) *Eichhorn* l. l. § 440 et 442. — *Spangenberg* l.l. p. 112—115.

posita est, verum etiam nemo umquam in juris Justinlanei disciplina quidquam proficiet, nisi aliqua saltem earum, quas illa subierit, vicissitudinum litterariarum cognitione imbutus sit, ideo de JCtorum recentiorum scholis studiisque nonnulla hoc quidem loco monere animus mihi est [8].

§ 16. *Schola Irneriana s. glossatorum aetas* (*).

Etsi jam ante Irnerii tempora scholam juris haud ignobilem Ravennae fuisse constat, neque vestigia desunt scholarum in ipsa civitate Bononiensi de jure Romano habitarum [1]), horum tamen studiorum instaurator vere dici potest ipse ille Irnerius [2]) (ob. ante a. 1140), qui fuit glossatorum auctor et princeps. Post quem inclaruere quatuorviri illi [3]): Bulgarus (ob. 1166), ejusque aemulus Martinus Gosia (ob. ante 1166) [4]), Hugo de Porta Ravennate (ob. ante 1171) [5]), et Jacobus, cui simile fuit cognomen (ob. 1178), quos colloquio apud Roncaliam habito interesse voluit imperator [6]). Eodem fortasse tempore aut certe haud ita multo post jus civile professi sunt Aldricus [7]), Wilhelmus de Cabriano [8]), Odericus [9]), Rogerius Beneventanus [10]), Albericus de Porta Ravennate [11]), Placentinus (ob. 1192) [12]), Henricus de Baila [13]), Joannes Bassianus [14]), Pillius [15]), Cyprianus [16]), Galgosius [17]), Otto [18]), Lotharius [19]), quibus etiam jungendus est Burgundio s. Berguntio, qui quidem Graeca Pandectarum in Latinum vertisse dicitur [20]). Sane post illos floruere Pillius Cremonensis, Azo (ob. post 1229) [21]), Hugolinus Presbyteri (ob. post 1233) [22]), Lanfrancus [23]), eosque secuti sunt Jacobus Balduini ob. 1235) [24]), Ubertus de Bobio [25]), Roffredus Beneventanus s. Epiphanii [26]), et, qui reliquorum, praeter Irnerii, laudes laboribus suis paene obscuravit, Accursius (ob. circa 1260) [27]). Is enim glossam ordinariam (i. e. magistralem et or-

8) *C. G. Hauboldi* iostitutiones jur. Romani litterariae. T. I. Partem biographicam et bibliographicae capita priora, maxime quae ad jus ante-Justinianeum spectant, cootioens. Lips. 1809. 8. — *G. Hugo* Lehrb. d. Geschichte d. Röm. Rechts seit Justioian oder der jurist. u. meist civilistischen gelehrteo Geschichte. 3te Aufl. Berl. 1830. 8. — *G. A. Martin* juristische Literairgeschichte im Grundrisse. Heidelb. 1824. 8. (Cf. *Savigny* l. l. T. III. cap. XVI. (p. 1 — 23.) et cap. XVII. (p. 24 — 74.) s. de fontib. et scriptorib. historiae juris litterariae. T. IV, V, VI.

§ 16.

(*) *Guidi Panziroli* de claris legum interpretib. (cura C. *G. Hoffmanni*. Lips. 1721. 4.) Lib. II. c. 13 — 29. — *Mauri Sarti* de claris archigymoasii Bononiensis Professoribus a sec. XI. usque ad sec. XIV. (T. I. P. 1. II. Bonon. 1769 — 1772. fol.) p. 1 — 147. — *v. Savigny* T. III. cap. XXII — XXV. T. IV. per tot. libr. T. V. c. XXXVII — XLIII.

1) Vid. de his scholis Irnerio antiquioribus: *Sartium* in prooemio operis laudati. — *v. Savigny* Gesch. d. R. R. io Mittelalter, in loc. supra (§. 14. not. 5.) alleg. et T. IV. cap. XXVI. T. V. c. XLI. p. 205 — 256. — *Schrader* io Prodr. corp. jur. civ. § 42.

2) *Sartius* l. l. — *Id.* io vita Irnerii (oper. laud. p. 11 — 28, atque iterum una cum prooemio edita a *Zepernickio* in biga libellor. authenticas illustraot. p. 61—158.) § 4. ibique excitat. — *Odofredus* ad L. 6. D. *de J. et J.* — *Savigny* T. IV. c. XXVII.

3) *Savigny* T. IV. c. XXVIII. («Die vier Doctoren»).

4) *Ibid.* p. 121. p. 158 — 170.

5) *Ibid.* p. 141. sq.

6) *Ibid.* p. 151 — 157.

7) *Sartius* l. l. p. 63. — Cf. *Duck* l. l. p. 142. — *Savigny* T. IV. p. 199 — 203.

8) *Savigny* T. IV. p. 204 — 207.

9) *Ibid.* p. 108 sqq.

10) *Ibid.* p. 172 — 193.

11) *Ibid.* p. 194 — 198.

12) *Ibid.* p. 210 — 245.

13) *Ibid.* p. 246 — 248.

14) *Ibid.* p. 249 — 267.

15) *Ibid.* p. 268 — 303.

16) *Ibid.* p. 304 — 312.

17) *Constitutio Galgosiana*: *Savigny* T. IV. p. 315 et V. p. 299. (Cf. *Koch* B. P. p. 305 — 311.)

18) *Savigny* T. IV. p. 325 — 326.

19) *Ibid.* p. 327 — 331.

20) *H. Brenkmanni* histor. Pandect. p. 61. — Quam laudem falso quidam tribuebant Bulgaro: *Sartius* in Irnerio § 3 et in § 16. (p. 36. oper. laud.). — Vid. omnioo hac de re *Savigny* T. IV. p. 341 — 345.

21) *Savigny* T. V. p. 1 — 40.

22) *Ibid.* p. 41 — 62.

23) *Ibid.* p. 67 — 69.

24) *Ibid.* p. 90 — 105.

25) *Ibid.* p. 132 — 136.

26) *Ibid.* p. 165 — 194.

27) *Ibid.* p. 237 — 252.

dinatam) composuit, ex adnotationum farragine, quas inde ab Irnerii temporibus juris interpretes celeberrimi ad jus Justinianeum conscripserant, quae graeco vocabulo glossae appellatae sunt [28]), optima quaeque excerpens, atque ex sua ipsius penu multa adjiciens, quibus velut perpetuo commentario totum hujus juris corpus instruxit [29]). Antea enim, etiamsi glossae ordinatae vestigia appareant non plane nulla [30]), juris libri plerumque singulorum duntaxat glossatorum apparatu instructi prostabant, quorum quidem glossae duplicis erant generis, aliae breviores, singulis scripturae lineis interjectae (unde *glossae interlineares* dictae, quae *Irnerio* maxime in deliciis fuisse feruntur) [31]), aliae prolixiores, quas margini apponere solebant. Pervulgatis igitur Accursii scholiis, fieri non potuit, quin paullatim libri singulorum glossis instructi fere a scholarium usu recederent, atque unus ille Accursianus apparatus omnem sibi, tum in scholis, tum in foro auctoritatem vindicaret, quippe qui non singularis hominis tenuitati aequiesceret, sed plurimorum atque illustrium quorumque juris interpretum dotes una complecteretur. Quo autem labore gratiam a plerisque inivit Accursius, eodem ipse in multorum reprehensionem incidit, illum non modo Irnerii, hujusque sectatorum elegantias vel abjecisse, vel omnis generis barbarie inquinasse, verum etiam turpi socordia atque oscitatione maxime inter se discrepantes Doctorum sententias promiscue excerpsisse, conquerentes [32]). Ipse Accursius glossatorum agmen claudit, quibus posterioris temporis nonnulli juris expositores falso adnumerantur, quorum quidem sententiae atque opiniones glossis, tum ab ipsis, tum a librariis adeoque ab editoribus passim adspersae inveniuntur [33]). Neque vero praetereundus hoc in loco est Magister Vacarius, ex Italia in Angliam medio circiter duodecimo p. Chr. seculo delatus, ubi jus civile docuit ac juris Justinianei epitomen pauperum in usum e Digestis et Codice excerptam, êt ad novem priorum Codicis librorum seriem fere dispositam, confecit. Qui quidem liber hodieque exstat et utilissimus est, cum in eruendis antiquissimorum Codicum MSS. lectionibus, tum vel maxime ad Irnerianae scholae rationem melius cognoscendam, accuratiusque quidquid illa in jure Justinianeo, quale nunc habemus, constituendo praestiterit, investigandum [34]).

§ 17. *De iis, quae glossatorum opera, juri Justinianeo impensa, effecta sunt* (*).

Neque vero ullus in tota historia juris litteraria cernitur locus scitu tam dignus,

28) *Quinctiliani* instit. orator. I, 1. in extr. — *Eckhardi* herm. jur. Lib. I. § 31. — *Savigny* T. IV. p. 514 — 523.

29) *Sartius* in Accursio (oper. laud. p. 136 — 147.) § 7 — 12. — *Savigny* T. V. p. 255 — 257.

30) Vid. *Schrader* in Prodromo corp. jur. civ. § 43 — 47. (231 — 239.). — *Biener* Gesch. d. Novellen p. 1287. — Cf. *Savigny* T. V. p. 257 — 170.

31) *Sartius* in Irnerio § 5. et in adp. monumentor. operi adj. I. (p. 187.) — Cfr. tamen *C. F. Wenckii* Magister Vacarius p. 117. — *Savigny* T. III. p. 519. T. IV. p. 27, 28, 32.

32) Quam quidem Accursii culpam praeter *Gu. Panzirolum, Alciatum, Cujacium* aliosque, quos nominat *Sartius* l. l. § 12, diluere conatus est *J. G. Heineccius* in historia juris Rom. ac Germ. Lib. I. § 416. not.*. — At vid. *Savigny* T. V. p. 257 — 270. — Cf. et *Schrader* l. l. § 48. p. 240 — 242.

33) Vid. *Cramer* in *Hugonis* civilist. Magaz. III. p. 146. 147. — *J. G. Claussen* denuo edendae Accursianae glossae specimen. Hal. (1828.) 8. — Caeteroquin vid. *Savigny* T. V. p. 273 — 277. p. 287. (nr. 1.) 288. p. 297 sq. p. 348. — *Schrader* l. l. § 48 in fine (p. 243).

34) *Sartius* l. l. p. 49 — 57. — Cf. *Dirksen* civilist. Abhandl. I. p. 319 sqq. — Inprimis autem vid. *C. F. C. Wenck* Magister Vacarius, primus juris Romani in Anglia Professor cet. Lips. 1820. 8. Adde opuscula ed. *Stieber*. p. 453 — 494 et p. LXIV sq. praefat. editoris. — *Savigny* T. IV. p. 348 — 366.

(*) *De Savigny* l. l. T. III. c. XXII—XXV.

quin etiam necessarius ad id ipsum jus Romanum, quod in usu versatur, cognoscendum, quam ille, qui est de glossatoribus. Quaecunque enim ad juris civilis studium promovendum vel instituerunt glossatores vel ipsi perfecerunt, ea in omnem posteritatem vim suam exseruisse, vere dicendum est. E quibus notabiliora quaedam jam recensebimus. I. Totum juris Justinianei volumen, per partes collectum, et quantum in ipsis erat restitutum atque perfectum, nomine *corporis juris civilis* insigniverunt [1]). II. Digestorum opus in tria volumina ab ipsis distinctum est, *Dig. vetus, infortiatum*, et *Dig. novum*. *Dig. vetus* XXIII priores libros integros et ex libro XXIV tit. primum et secundum complectitur. *Infortiatum* incipit inde a libri XXIV titulo tertio (qui est hujus libri ultimus) et in ultimo libri XXXVIII titulo desinit. *Dig.* vero *novum* duodecim libros posteriores (XXXIX — L) continet. Infortiati nova quasi pars incipit inde a verbis *tres partes* rel., quae leguntur in extrema parte *Leg.* 82. *Dig. ad leg. Falcid.* (XXXV, 2.), unde *infortiatum cum tribus partibus*. Cujus quidem rei hanc fuisse causam a veritate proxime abesse videtur, quod non integrae Pandectae simul, sed singulae earum partes diversis temporibus sint repertae, ac novissime quidem infortiatum, idque sine ea parte, quae vocatur *tres partes*, quippe quae antea in Codd. MSS. cum Dig. novo esset conjuncta [2]). Quidquid vero hoc sit, certe juris studiosum decet, hanc non ignorare partitionem, utpote quam librarii atque editores antiquiores, tantum non omnes, in singulis Digestorum voluminibus distinguendis secuti sunt. III. Codicis libri novem priores ab iis seorsum describi solebant, ita ut integrum volumen explerent, sive quia tres postremi post illos jam repertos adhuc latebant, sive quia horum argumentum, utpote a forensi usu maximam partem recedens, etiam in scholis minoris pretii habebatur [3]). Atque hi quidem simul cum Noveliis *in volumen parvum* conjecti, eidemque Institutiones addi solitae sunt [4]). IV. Novellas, non epitomatas illas Julianeas (§ 12. not. 9. § 14. not. 4.), verum integras, in scholarum forique usum adhibuerunt; quarum quidem collectio, jam dudum, ut videtur [5]), eo tamen consilio, ut a Juliani epitome distingueretur [6]), *authenticum* s. liber authenticorum appellata est [7]). Neque vero universum Noveliarum corpus cognitum erat glossatoribus, sic tamen, ut multo plures quam 97 illas, quae quidem glossis sunt instructae [8]), ipsorum in manibus fuisse, jam certo scimus [9]). Nec graecis Novellis usi sunt,

1) *Sartius* l. l. P. II. p. 214. col. B. *Hugo* civilist. Mag. IV. p. 102. 101. (Cf. *Livius* III. 54. in extr.) *Savigny* T. III. p. 477 sq.

2) *Odofredus* in comment. ad L. 82. D. *ad leg. Falcid.* XXXV, 2. (Cf. *Eichhorn* deutsche Staats-u. Rechtsgesch. II. § 267. notae *d.* et *f.*) — *Hugo* civ. Magaz. III, 9. p. 185 sqq. et V, 1. p. 1—53. — Cf. *v. Savigny* Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter II. p. XI. p. 153, 253, 291, 293. — *de Savigny* T. III. p. 390 — 407. — add. *Hugo* l. l. T. V. nr. 18. p. 475 sqq. et p. V—X. XXXI—XL. T. VI. p. 46 sqq.

3) *Cramer* in *Hugo's* civilist. Magaz. III. p. 155. — *Biener* hist. authenticar. p. 34, 35.

4) *Savigny* T. III. p. 479—481.

5) Nam vid. *Irnerii* Glossa ap. *Savignium* T. III. p. 454. not. 93.—Cf. *Biener* Gesch. d. Nov. p. 607.

6) Vid. *Joannis* Summa Nov. in prooem. (ap. *Savign.* l. l. p. 458 sq. not. 99. et ap. *Bienerum* l. l.) — « Quia etiam alius liber est hoc nomine (novellarum) vocatus, *qui tractat similem expositionem hujus,* postea placuit, ut ad ejus differentiam hujus libri nomen mutaretur, ut autenticum vel autentica seu liber autenticorum nominaretur. » Quae vero addit Joannes : « *eo, quod prae ceteris legum libris autorizabilis habeatur,* » quoniam cum antecedentibus minime congruunt, barbare ab ipso efficta esse videntur. — Cf. *Alciati* Pareg. Lib. II. c. 46. — Caeterum secus videtur *Bienero* l. l. p. 264.

7) Vid. omnino *Odofredus* ad C. *cordi nobis.* — Cf. glossa ad eandem constitut. in extr. — *Biener* hist. authent. p. 28. not. 19. — *de Savigny* T. III. p. 453—481. — *Biener* Gesch. der Novellen p. 262 —271. (Nr. I—III.)

8) *Cramer* Beiträge z. Gesch. d. Novellen. Erster Beitr. (in *Hugo's* civ. Mag. III. p. 26—50.) — *Biener* Gesch. der Nov. p. 285—289. (Nr. V.)— Cf. *ejusd.* libri p. 291—314. (cap. IX.)— p. 547— 550. (nr. 7.)

9) *Cramer* Zweiter Beitrag (in *Hugo's* civ. Mag. III. p. 113—162. — *Biener* l. l. p. 243—249.

sed versione, quae vocatur *vulgata*, i. e. latina interpretatione [10], et auctoris et temporis incerti [11], fere κατὰ πόδα ac satis quidem illepide facta [12]; si quidem exceperis Novellas, latino sermone ab ipso earum auctore editas [13]. Jam vero Novellas, quae ab usu forensi minime abborrere viderentur adeoque in scholis explicari solerent, in novem collationes distribuerunt, singulisque collationum titulis singulas Novellas subjecerunt, praeterquam quod Nov. VIII in duos titulos dispartita est [14]; reliquas s. *extraordinarias* in adpendice per tres libros (ut quidem veri est simillimum) [15] disposuerunt, scilicet in totius operis dispositione Justinianei Codicis ordinem quodammodo imitaturi [16]. V. *Authenticae* [17], i. e. summaria quaedam novellarum constitutionum, primum ab Irnerio [18] ex libro *authentico* (unde nomen ductum) excerptae atque per novem priores libros Codicis repetitae praelectionis congruis locis sparsae sunt. Quas deinde ejus sectatores ex ipso corpore Novellarum passim supplebant, emendabant, castigabant, additis praeterea authenticis Fridericianis, i. e. tum integra una Friderici I constitutione (auth. *habita*), tum summariis quibusdam ex alia ejusdem imperatoris lege, nec non ex undecim Friderici II constitutionibus decerptis [19]. Novissimam denique authenticarum recensionem Accursio debemus, qui quidem (ut credere fas est) in ipsum Codicis contextum eas intulit, cum antea, praeter authenticas Fridericianas, Codici non insertae, sed tantum adsignatae invenirentur, h. e. una cum signis locorum in ipsis glossis positae essent [20]. Insuper vero tum Institutionibus, tum ipsis quoque Novellis authenticae additae sunt, quarum quidem memoria satis diu exoleta, nostra demum aetate restaurari coepta est [21].

§ 18.

VI. (*) Praeterea JCti Bononiensis textum juris Justinianei librorum quodam-

10) *Aemil. Lud. Hombergk zu Vach* de Novellar. constitution. lingua originaria et vulgatae versionis aetate, auctore et usu in foro (in *Zepernickii* delectus scriptorum Novellas Justin. illustr. p. 177 sqq.). — *v. Savigny* Beitr. z. Gesch. d. latein. Novellentextes nebst einigen ungedruckten Novellen (Zeitschr. für geschichtl. R. W. II. 3. p. 100—136.) — *Biener* l. l. p. 149 — 260 (Nr. II —V.)—Cf. librum *Krigelii* supra (§ 12, not. 11) laudatum.

11) *Hombergk* l. l. cap. II.—*Biener* l. l. p. 160—262. (Nr. VI.)

12) *Hombergk* l. l. c. 1. § 26, 27.—*Biener* l. l. p. 255 et p. 260. — Caeter. cfr. *Schrader* in Prodr. corp. jur. civ. p. 28. not. 23.

13) *Savigny* l. l. (Zeitschr. etc.) p. 102 sqq. —*Biener* l. l. p. 249. 254.

14) *Savigny* Gesch. des Röm. R. T. III. p. 463—465.—*Biener* l. l. p. 271 (Nr. VI.)—273. p. 313. p. 545.

15) *Savigny* Gesch. d. R. R. T. III. p. 465. T. IV. in adp. p. 485. T. V. in adp. p. 571. in f. et p. seq.

16) *Savigny* p. 466.—*Biener* l. l. p. 273—285. —De decima collatione vid. *Savigny* T. III. p. 484—486. T. V. p. 62. in f.—Cf. *C. F. Dieck* Literargesch. des Longobard. Lehnr. (Halle, 1828. 8.) p. 260. — *Cramer* im civ. Mag. III. p. 36 sq. (notae *. nr. 4.).

17) Biga libellorum, authenticas codicis rep. prael. earumque historiam illustrantium (continens 1) *Jo. Jac. Scherzii* D. de authenticarum auctoribus et auctoritate; 2). *Mauri Sartii* Prooem. de fatis jurisprud. Rom. in Italia ante Irnerium, et vitam Irnerii]. Edid. et praefatus est (de fontibus et ratione enarrandae historiae authenticarum) *C. Fr. Zepernick*. Hal. 1788. 8. — *Fr. Aug. Biener* historia authenticarum Codici R. P. et institutionibus Justiniani insertarum. Sect. I. et 2. Lips. 1807. 4. — *Wenckii* Vacarius p. 129 — 133. — *Savigny* T. III. p. 488 — 499. T. IV. p. 39 — 58.

18) *Alex. Arn. Pagenstecher, Irnerius* injuria vapulans. Groening. 1701. 4. — *Corn. v. Bynkershoek* diatr. de auctore auctoribusve authenticarum (Opp. omnia II. p. 49 sqq.). *Ejusdem* contentio litteraria cum *A. A. Pagenstechero* et praefat. Libri singular. ad L. 9. D. *de lege Rhodia de jactu* (ibid. p. 61 — 75.). (Historiam contentionis hujus litterariae de authenticarum auctore breviter exposuit *Spangenberg*, Einl. etc. p. 133. 134.) — *Biener* l. l. § 5. 6.—*Savigny* T. IV. p. 47 — 49.

19) *Zepernickii* praef. laud. p. XVI sqq. — *Scherz* l. l. p. 37 sqq. — *Biener* l. l. § 14 — 19. — *Savigny* T. III. p. 491 — 493.

20) *Biener* l. l. §. 12.

21) V. *Savigny* in *Hugo's* civ. Mag. III, 14. p. 282 sqq. — *Biener* l. l. § 22 — 25. — *Savigny* T. IV. p. 35 sqq.

§ 18.

(*) *De Savigny* T. III. p. 388 — 496. (Cap. XXII Rechtsquellen der Glossatoren.)

modo aequabilem, ac sedula certisque subnixa rationibus recensione emendatum constituerunt [22]; sive e communi docentium consilio, initisque hanc in rem peculiaribus rationibus, id factum sit, sive eo solo concentu, qui in studiis hominum cum ingenio tum eruditione sibi similium sponte usu venire solet; id quod magis verisimile videtur [23]. Nam quod legitur in statutor. pop. Bonon. anni 1289 Rubrica 3: Stationarios nihil facere fraudulenter debere in lectionem civitatis, seu studii Bononiensis, itemque: teneri ipsos exempla habere correcta et bene emendata [24]; id neque de lectionum varietate intelligendum esse videtur, nec ad id quidem tempus, de quo quaerimus, referendum. Quid? quod vix dubitari potest, neque Accursium tantam variarum lectionum farraginem accumulaturum fuisse, neque unquam inter glossatores de genuina lectione dissensiones oriri potuisse, si inter ipsos de textus recensione certo convenisset. Quapropter existimandum, Bononiensium auctoritate textum juris civilis ad sanae criseos normam, nec tamen omni lectionum discrepantia sublata, subinde esse conformatum exactumque, eamque ipsam esse *recensionem* sive *literam Bononiensem*, quam postea librarii in describendis libris maxime secuti sunt. Hoc enim perspicuum est ex ipsa librorum MSS., qui quidem nunc exstant, tantum non omnium, ratione atque indole singulari, quippe qui innumeris fere in locis, tum mirifice inter se conveniunt, tum vero etiam criticae, in expendendis adeo singulis legum verbis conspicuae, prae se ferunt indicia subtilitatis, qualis ab illis temporibus, quae Scholam Bononiensem praecesserant, alienissima est [25]. Accedit, quod libri vulgares, qui antea circumferebantur tamquam inutiles e scholarum usu sensim abierunt. Atque haec vel maxime est causa, cur, quotquot ad nos pervenerunt libri scripti, ex iis perpauci, quoad sciamus, glossatorum aetate antiquiores sint [26], e quibus prae caeteris commemorandum est Pandectarum exemplar, cujus fama jam omnium ore celebratur, quod a Pisis, ubi per aliquot secula fuerat, anno 1406 sive 1411 Florentiam translatum, ibi etiamnum asservatur [27]. Tanti autem liber ille Pisanus Bononiae olim aestimabatur, ut eo potissimum in recensione sua constituenda uterentur glossatores, adeoque praeposterum ordinem, quo passim ibi, cum integri tituli, tum singula fragmenta, et librarii et bibliopegi culpa, inter se junguntur, describendo utplurimum sequerentur [28]. Unde non solum in omnibus libris, et scriptis et anti-

22) Qua de re inprimis vid. *Andr. Guil. Cramer* in praefat. titulis Pandectar. et Cod. ab ipso editis (Kil. 1811. 8.) praemissa, p. XIII. XIV. XXXV. XLVII., hujusque libri censura (auct. *de Savigny*) in den Heidelberger Jahrbuechern d. Litteratur v. J. 1812. No. 37. p. 578 — 581. — *v. Savigny* Geschichte d. Röm. Rechts im Mittelalter T. II. p. 147 — 150. T. III. p. 424 — 449. p. 449 — 452. — *Schrader* in praefat. titt. Dig. de condictione ob turpem causam, et de testibus, a se editis (Tub. 1819. 8.), praemissa, p. XXVI — XXVII.

23) *Savigny* T. III. p. 441 — 443.

24) *Sartius* l. l. P. II. p. 225. – *Savigny* T. III. p. 539 sqq.

25) Cf. *Wenckii* Vacarius p. 145 et 221. not. 109. Cc. ibi not. 180. p. 250 — 254. not. 380. p. 295. not. 392. p. 297. — *Savigny* T. III. p. 429 – 440. et in adp. p. 631 — 650. — *Claussen* Accursianae glossae specimen p. XII — XV. (Cf. Glossa ad L. 9. § ult. D. *de pecul.* XV, 1.

26) *Bieneri* historia authenticar. p. 55. — *Goeschenii* praefatio praemissa *Gaji* institutionibus p. LXV — LXIX (ed. 2.). — *C. F. Rosshirt* Beiträge zum Röm. Rechte, etc. Heft I. (Heidelb. 1820. 8.) 1. — *Schrader* in Prodr. jur. civ. § 2. (p. 66. 67.). — *C. Th. Gaupp* de quatuor foliis antiquissimi Digest. Cod. Neap. nuper repert. Vratisl. 1823. 4. (Cf. *Schröter* im Hermes 1823. p. 377 — 382.)

27) *Henrici Brenkmanni* historia Pandectarum seu fatum exemplaris Florentini. Traj. ad Rhen. 1722. 4. — *Eckhardi* hermeneut. jur. Lib. I. c. 2. § 69 — 82. ibiq. *Walch*. — *Forster* das Florentinische Manuscript der Pandecten (in der Zeitschrift für geschichtl. R. W. II. p. 271 — 273.). — *Savigny* T. III. p. 83 — 89. 411 sqq.

28) *Schrader* civilist. Abh. 1. p. 239 — 241. — *Hugo* üb. die Versetzung von 82 Stellen gegen das Ende der Pandecten; im civ. Magaz. V, 10. p. 257 — 291. — *Savigny* T. III. p. 417.

quitus typis excusis, harum partium perturbatio deprehenditur, verum etiam error ille manavit, qui quidem satis diu doctorum animos occupaverat, scilicet ex uno illo exemplari Florentino omnes, quot exstant, libros esse descriptos; quid? quod fuere adeo, qui idem esse Justiniani archetypum autumarent [29]). Caeterum nihil impedit, quo minus *lectionem vulgatam* appellemus eam, quae ista Bononiensium recensione recepta est, modo illud meminerimus: in Codd. vulgaribus (quos quidem Florentino s. Pisano opponimus) variantium lectionum, haud sane vulgaris notae, minime deesse exempla (cf. not. 25.). His igitur perpensis, non possumus, quin duplicem lectionis vulgatae significationem distinguamus: unam, per se nimirum satis claris ac distinctis notis, tamquam finibus suis, circumscriptam, qua quidem librorum, quotquot ex Bononiensi recensione dimanarunt, concentus indicatur, cui opposita est lectio singularis ejusmodi, quae vel in Florentino, vel in aliis Codicibus, si qui sunt, deprehenditur; alteram, terminis quidem paullo diffusioribus et propemodum infinitis descriptam, quae complectitur lectionem, quam Codices, certe plurimi, ad Bononiensem scripturam expressi receperunt; ad contrarium lectionum singularium genus relatis iis, quae vel in qualicunque Codice, etiam e vulgatorum numero habentur, vel editori cuidam propriae sunt. VII. Plurimum etiam valuit glossatorum auctoritas (seu potius exemplum, velut ad imitandum propositum) in constituenda informandaque ea artis nostrae parte, quae cum in regulis praeceptisque ad disciplinae normam exigendis, tum in jure Romano ad negotia civilia judiciorumque causas accommodando versatur. Quaecunque enim in scholis forisque nostris circumferuntur, sive formulae et vocabula, quae tamquam technica in scholas irrepserunt, sive controversiae inter JCtos recentiores agitatae, sive, quas vulgo animis informatas habere solent, de singulis rebus sententiisque notiones, deque earum usu hodierno judicia: ea, aut omnibus jam partibus absoluta, atque perfecta, aut incoata, certe magna ex parte, debentur glossatoribus [30]). Ac, ne forte nimiam, quod ad hanc rem attinet, a glossatoribus esse culpam contractam credamus, monendum est, saepissime JCtos, qui eos secuti sunt, ne intellexisse quidem, quae ab illis satis apte congruenterque essent prolata, atque, de verbis magis sollicitos quam de rebus sententiisque, talia aliquando commentos esse, quae foedis erroribus maximisque dubitationibus artem nostram implicarent [31]). VIII. Denique in collaudandis glossatorum meritis non

29) Cf. *Brenkmann* l. l. Lib. III. c. 2. — *Eckhard* l. l. § 72.—*Schrader* l. l. p. 242 — 253.— (*v. Savigny*) in d. Heidelberger Jahrbüchern von 1812. p. 578. 579.— *Spangenberg* Einleitung, etc. p. 408 — 422. — *Savigny* Gesch. etc. T. III. p. 414 — 424.

30) Ex iis, quae ad glossatorum tempus referenda sunt, inprimis commemorandae sunt controversiae. De quibus vidend. *Jo. Sal. Brunnquell*. Prolus. de sectis et controv. juris Just. interpretum, quos glossatores appellamus, in opuscul. VIII. p. 303 — 330. — *Sartius* l. l. p. 32, 33, 40, 59, 80, 95. — *Wenck* in notis ad indicem rubricarum Vacarii, oper. laud. p. 180 — 338. — *Rogerii Beneventani* de dissensionibus dominorum sive de controversiis veterum juris Romani interpretum, qui glossatores vocantur, opusculum. Edid. et animadvers. atque accessionibus locupletavit *C. G. Haubold*. Lips. 1821. 8.—*Savigny* Gesch. etc. T. V. p. 221 — 236. (Cf. *Accursius* in gl. ad L. 9. pr. D. *uti possidetis*: « alii dixerunt, ut Martinus eum suis Gosianis — » etc.). — Vocabulorum autem, quae vocant technica, nec non dogmatum, a genuino juris Romani sensu recedentium, magna pars sequiore demum aetate excogitata est, v. c. *res fungibilis*, quod invenit *Udalr. Zasius*. Alia tamen ex ejusmodi genere antiquiora sunt glossatorum schola; v. c. *fiduciarius pater* in Gajo coll. Visigoth. T. VI. § 3; *occupatio* aliaque in *Brachylogi* Lib. II. tit. 2 —7. (ex edit. *Böcking*.).—Cf *Cramer* in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. p. 314 sqq. — *v. Savigny* Gesch. etc. II. p. 255, 256.

31) Cf. *Thibaut* Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts II. Abhandl. 3.— *Auctoris* Lehre von der Cession der Forderungsrechte § 17.— *Ejusd.* observationes jur. Rom. specimen I. (Regiom. 1818. 8.) cap. I. § 12.

plane est silentio praetereunda regula ista decantata : quod non agnoscit glossa, id nec agnoscit curia [32]). Quemadmodum autem de causis, quaenam scilicet regulae istius introducendae fuerint, inter doctos homines disceptatur, ita, ne de eo quidem, an omnino sit vera [33]), quique ejus ambitus sit [34]), inter omnes certo constat. Quidquid vero hoc sit, illud profecto negari nequit, ex quo corporis juris editiones glossis instructae a scholarum judiciorumque usu recedere coeperint, canonem illum non usquequaque esse observatum [35]). Quid? quod haud desunt restitutarum legum in foro agnitarum exempla [36]).

§ 19. *Studium in deterius inclinans. — Schola Accursiana, Bartolina.*

Jam vero Accursii aetate juris interpretes a veterum glossatorum simplicitate ac propemodum elegantia ad genus scribendi disserendique prolixum, diffusum, et omnigenis fere verborum sordibus contaminatum sese converterant [1]). Quam interpretandi rationem inprimis coluit, vir alioquin ingenii festivissimi, Odofredus (ob. 1265) [2]), Accursii aequalis atque aemulus; cujus quidem filii, inter eosque vel maxime Franciscus Accursii (ob. 1293) [3]), laudes paternas consectati sunt [4]). Eodem tempore vixerunt Vivianus Tuscus, casuum, tantum non omnium, qui adstrui glossis soliti sunt, auctor [5]), Dinus Mugellanus [6]), Jac. de Arena [7]). Post eos inclaruerunt Petrus a Bella Pertica [8]), Cynus [9]), Albericus de Rosate [10]), et, qui ceteros auctoritate longe superavit, Bartolus de Saxoferrato (ob. 1359). Is dialecticam artem in jure interpretando inprimis adhibuit, usus ceteroquin scribendi ratione brevi ac luculenta [11]). Habuit discipulum eundemque aemulum [11a]) Baldum de Ubaldis (ob. 1389), hominem ingenii acutissimi, tantaeque apud aequales existimationis, ut in jure nihil ignorare crederetur). Consecuti sunt hos Bartholomaeus Salicetus (ob. 1402), Raph. Fulgosius (ob. 1427),

32) *C. F. Glück* Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts (Erl. 1812.) § 64. I. p. 269 — 274. —*Spangenberg* Einleitung, etc. p. 167 — 168. — *Claussen* l. l. p. XVI. XVII.

33) *Beck* de usu et auctoritate Novellarum Leonis § 47 sqq. (apud *Zepernick*. p. 185 sqq.). Contra quem disputavit *Zepernickius* : quibus ex causis Nov. Leon. receptae non sint § 22 sqq (commentation. *Beckii* libro adjectar. III. p. 522 sqq.).

34) (*Seidensticker*) juristische Fragmente Th. II. (Goett. 1802. 8.) cap. 26. fr. 234. — *Savigny* T. V. p. 268. 269.

35) *C. C. Dabelow* Handbuch des Pandecten-Rechts in einer kritischen Revision seiner Hauptlehren Theil I. (Halle, 1816. 8.) p. 199, 200.— *Fritz* Erlaeuterungen zu v. Wenings Lehrb. I. p. 4.

36) *Ad. Dietr. Weber* Versuche üb. das Civilrecht (Schwer. 1801. 8.) p. 48. — Vide *Auctoris* Beurtheilung des Staedelschen Beerbungs falls. p. 185 sqq.

§ 19.

1) *Savigny* T. V. p. 200 — 205. (Cap. XLI. nr. 1.) p. 320 — 322. p. 529 — 531.

2) *Sartius* l. l. p. 147, 157. — *Savigny* T. V. p. 323 — 344.

3) *Sartius* l. l. p. 176. 184. — *Savigny* T. V. p. 178 — 192.

4) Glossa Cervina (*Cervotti Accursii*) *Savigny* T. V. p. 296 — 299. — *Wilhelmi Accursii* casus : ibid. p. 203.

5) *Savigny* T. V. p. 312 — 317. — Casus longi, breves : ibid. p. 317 — 319.

6) *Sartius* l. l. p. 233 — 239. — *Savigny* T. V. p. 397 — 411.

7) *Savigny* T. V. p. 360 — 367.

8) *Hugo* p. 152. — *Savigny* T. VI. p. 26 — 31.

9) *Savigny* T. III. p. 629. D. et T. VI. p. 63 — 86. — Opera omnia. Lugd. 1547. fol.

10) *Cramer* in *Hugonis* civilist. Magaz. III. p. 132 — 134. — *Savigny* T. VI. p. 112 — 121.

11) Opinionem, quae differt do nostra, emisit *Ant. Goveanus* opp. p. 79. ed. L. Gall, § 21.—Caet. vid. *Guidus Panzirolus* de claris legg. interpretibus (Lips. 1721. 4.) Lib. II. c. 67. atque ibi *Castell. Cottae* recensio p. 524.—*Alber. Gentilis* de jur. interpretib. Dialog. secund. p. 564 sqq.—*Savigny* T. VI p. 122-163.—*Bartoli* opp. prodierunt T. I — V. Aug. Taur. 1574. fol. et saep.

11a) [Quod vulgo dicunt, Baldum Bartoli aemulum fuisse, minus certum videtur. E. G.]

12) *Gu. Panzirolus* l. l. Lib. II c. 70. — *Savigny* T. VI. p. 185—226. (Cap. LV. «Baldus und die Familie Baldeschi.») —*Baldi* opp. T. I. —VI. Aug. Taur. 1576. fol. et saep. typi expressa sunt.

Paulus Castrensis (ob. 1441) [12a], denique Jason Maynus, qui, etsi litteris humanioribus bene instructus fuisse fertur [13], tum etiam aetatem ad politioris studii usque tempora extulit (ob. 1519), pro scribendi tamen genere scholae Bartolinae adsignandus est.

§ 20. *Jurisprudentiae cum litterarum studio conjunctio.*

Tandem civilis prudentia pristinae suae dignitati restituta est, siquidem JCti, inde a decurrente seculo XV potissimum, ut creditur, ab *Angelo Politiano* (ob. 1494) [1] excitati, ad bonas litteras animos appulerunt, et suam quoque scientiam ad antiquam sapientiam conformarunt. Non defuere quidem hac quoque aetate, qui pertinacissime veteri rationi ita inhaererent, ut verborum notis adeo insectarentur politioris jurisprudentiae cultores: quippe *Nominalium* appellationem, velut tenuitatis indicium illis impertientes, ipsi autem *Realium* cognomen, quo suam ubertatem accuratioremque juris cognitionem innuerent, prae se ferentes [2]. Vicit tamen sanior pars [3]. Exorta est longa JCtorum series, qui, etsi inter se non pares fuerunt, in eo tamen doctrinae genere omnes versati sunt, ut vel juris Justinianei libros ad criticam subtilitatem revocarent, eosdemque ex ipsorum fontibus explicarent, vel veteris juris itemque Byzantini reliquiis, tum etiam ipsius juris Justinianei, quae adhuc desiderabantur, partibus, aut in lucem protrahendis, aut, quantum fieri posset, restituendis [4], enixe operam impenderent. Ac praecipui quidem scholae cultioris sectatores sec. XVI et XVII fuere, ex Italis: Andreas Aliciatus (ob. 1550) [5], quem scholae elegantioris auctorem vulgo laudant, Aemilius Ferrettus, Marianus Socinus junior [6], Laelius Taurellus (Torelli) cum Francisco filio, Scipio Gentilis (Prof. Altorfinus ob. 1616) [7], Jul. Pacius, Ant. Merenda, M. Aurel. Galvanus, Nic. Bonaparte [7a], Jan. Vincent. Gravina, Jos. Averanius (ob. 1738) [7a]. E Germanis vero his saeculis maxime inclaruerunt: Greg. Haloander (Hoffmann, ob. 1531), literis egregie imbutus, omnium corporis juris partium editor subtilissimus [9], in primis de Novellis, quas graece primus edidit, praeclare meritus [10],

12a) *Savigny* T. VI. p. 343—362.

13) Teste *Panzirolo* l. l. p. 226, et *Alciato* discipulo quidem Jasonis. — *Savigny* T. VI. p. 345—362.

§ 20.

1) *Ant. Augustini* emendation. Lib. IV. c. 14. (in *Otto* thesaur. jur. Rom. IV. p. 1546.). — *v. Savigny* Gesch. T. VI. cap. LIX. (Die Vorboten einer neuen Schule.) — De *Politiano* vid. ib. p. 375—385.

2) *Alberici Gentilis* de jur. interpret. Dialog. 2. (*Guid. Panziroli* de clar. l. l. interpr. ed. Lips. laud. adj.) p. 582.

3) *Josephi Aurelii de Januario* Respublica JCtorum (ed. 2. Lips. 1733.) p. 233, 238 sqq.

4) (*Ant. Contii*) Praetermissorum in duodecim libris Codicis Justinianei Classes duae; edit. Corp. jur. gl. a *Contio* editi adjectae et saep. (v. c. in edit. Antverp. 1575. Cod. rep. prael. adj.). — Legum restitutarum indicem vid. in *Glückii* Einleit. in das Studium des Röm. Privatr. (Erl. 1812.) p. 271 — 273. — Cf. *Spangenberg*, Einleit. etc. p. 56, 57, 171; inprimis autem *Biener* Gesch. der Nov. Justinians p. 166. 175 — 179, 192 — 194, 202, 207 — 210. 216, 578—581, 584—603. *K. Witte* die leges restitutae des Justin. codex. Vratisl. 1830. 8. — *F. A. Biener* et *C. G. Heimbach* Beiträge zur Revision des Justin. Codex. Berlin. 1833. (et in Zeitschr. für gesch. R. W. T. VII. f. 2. p. 115 — 206. f. 3. p. 243 — 369. T. VIII. f. 1 p. 85—131.)

5) Opp. T. I — IV. Basil. 1582. fol.

6) *Savigny* T. VI. p. 307. — De vero clausulae, quam vocant Socini, auctore, v. *Glück* Commentar über die Pandekten Th. VII. p. 86, 87.

7) Opp. T. I — VIII. Neap. 1763 — 69. 4.

7a) Vid. *Bart. Chesius* interpret. jur. Lib. I. c. 49. in Jurispr. Rom. et Att. T. II. p. 261.

8) Interpretationum juris Libri V. Lugd. 1751. 4.

9) *Crameri* dispunct. jur. civ. c. VII. p. 54 sqq. — *Id.* in Zeitschrift für hist. R. W. II. p. 300—302. — *Haubold* in *Hugo's* civ. Magaz. II. p. 292. — *Schrader* in praef. edit. titulor. de cond. ob turp. caus. et de testib. praem. p. LII sqq. (Nr. III.). — *Id.* in Prodr. corp. jur. civ. p. 176, 177. — *Dirksen* civilist. Abhandl. I. p. 324. sq.

10) *Biener* Gesch. der Nov. p. 341 — 348 (nr. 50.). — Cf. *Cramer* in *Hugo's* civ. Mag. III. p. 35 sqq. (not. *.)

in singulis tamen lectionibus constituendis genio suo nimium indulgens [11]), Udalr. Zasius (ob. 1535) [12]), Jo. Sichardus (ob. 1552) [13]), Jo. Fichardus (ob. 1581) [14]), Jo. Leunclajus (Leunclavius, Loewenklau, ob. 1593) [15]), Herm. Vultejus (ob. 1634) [16]), Reinh. Bachovius ab Echt (ob. 1635) [17]), Jo. Jac. Wissenbach (ob. 1665), aliique, quos quidem commemorare nunc non vacat. Plures Belgium eadem illa aetate tulit viros de liberaliori juris Romani studio egregie meritos, inter quos eminent Viglius ab Aytta Zuichemus (ob. 1577) [18]), Gabr. Mudaeus, Henr. Agylaeus [19]), Jac. Raevardus (ob. 1568) [20]), Jo. a Sande, Hub. Giphanius (van Giffen, ob. 1604) [21]), qui et Altorfii, ubi cum Donello certavit, aliquamdiu jus civile professus est, Sibr. Siccama, Hugo Grotius (ob. 1645) [22]), Arn. Vinnius (ob. 1657) [23]), Sim. Leeuwius (van Leeuwen) [24]), Ulr. Huber (ob. 1694), Jac. Perizonius [25]), Corn. van Eck, Ger. Noodt (ob. 1725) [26]), Ant. Schultingius (ob. 1734) [27]), quem Batavorum Cujacium vocant, Henr. Brenkmannus (ob. 1736) [28]), Jo. Ortwin Westenberg (ob. 1737) [29]), denique Corn. van Bynkershoeck (ob. 1743), JCtorum, qui quidem ad causas forenses toti se contulerunt, praeter duumviros illos Barn. Brissonium et Ant. Fabrum longe nobilissimus [30]). Praeclare etiam de genuino juris civilis studio meruerunt Ant. Goveanus, oriundus ex Lusitanis, qui tamen Parisiis educatus est (ob. 1565) [31]), Henr. Scrimger, Scotus (ob. 1586) [32]), et qui a laudatissimis viris merito laudatur, Ant. Augustinus, Hispanus (ob. 1586) [33]), cui quidem et ingenio et doctrina multo fuere inferiores, nec ipsi tamen hoc in loco praetereundi, ejus populares Jos. Fernandez de Retes (ob. 1678) et Franc. Ramos del Manzano (ob. 1683). Omnes autem hac aetate post se reliquit JCtorum familia e Gallia oriundorum. E quibus in primis celebrandi sunt: Almaric. Bouchardus (Amaulry Bouchard), Aymar. Ranconnetus (de Ranconet), cum amicis Jo. Tilio (Dutillet, ob. 1570), philologo, et Lud. Miraeo [34]), Jo. Corasius [35]), Eguinarius Baro (ob. 1550) [36]), Franc. Connanus (ob. 1550) [37]), Franc. Duarenus (ob. 1559) [38]), Franc. Balduinus (Baudouin, ob. 1573 [39]), Ant. Contius (le Conte, ob. 1577) [40]), Jac. Vintimillius, Jac. Labit-

11) Quicunque legit Haloandri editionem nobis assentiet. Vid. et *Albert.* et *Maurit. Kriegelios* in praemonit. ad fasc. II. (p. 1.) et ad fasc. V. (p. 3.) corp. juris civilis.—Vid. v. c. *Auctoris* Cession der Forderungsr. (ed. 2.) p. 463. (not. 451. 452.) p. 474. (not. 484.).

12) *Cl. Sineeri* vitae et scr. magnor. JCtor. T. I. (Wittenb. 1718. 8.) p. 163 sqq.—*Zasii* opp. omn. T. I — VI. Frcf. 1590. fol.

13) *Hugo* Litt. Gesch. p. 222.

14) *Savigny* Gesch. des R. R. T. III. p. 42 sqq. (nr. 7.).

15) *Otto* in praef. ad thes. jur. rom. T. III. p. 56. in f. sq.

16) *Cl. Sineeri* vitae etc. T. II. (Witt. 1721.) p. 107 sqq.

17) *Hugo* Litt. Gesch. p. 374. — Cf. *Schrader* in Prodr. corp. jur. civ. § 53. p. 261.

18) *Hugo* l. l. p. 223 sqq.

19) *Biener* Gesch. der Nov. p. 379 — 381. — Cf. Bijdragen tot Rechtsgeleerdheit etc. T. 2. p. 588 sq. Nr. VIII. ibique annotationes *den Texil* p. 602 sqq.

20) Opp. Frcf. 1622. 8.

21) *Cramer* in der hist. Zeitschr. II. p. 302.

22) *Haubold* l. l. § 52. No. CLXI. p. 126.

23) *Idem* l. l. § 50. No. CLVIII. 123.

24) *Idem* l. l. No. CLXXIII. p. 134.

25) *Schultingii* orat. in obit. *Perizonii* (opusc. acad. T. II. Or. V. p. 155 sqq.

26) Opp. T. I. II. Colon. Agr. 1732. fol.

27) Commentationes acad. Hal. 1770 — 1774. IV Tomi. 8. — *J. J. Vitriarii* or. in obit. *A. Schultingii* (in huj. ips. comment. acad. T. I. p. 299 sqq.)

28) *G. C. Gebaueri* narratio de *Henr. Brenkmanno*. Goett. 1764. 4.

29) Opp. cur. *Jungii* T. I — III. Hannov. 1746, 1747, 1758. 4., quorum tertio Tomo ejusd. *Westenbergii* D. Marcus (L. B. 1736. 4.) continetur. — *J. C. Rueckeri* or. de vita et obitu *Westenbergii* (in ejus opusc.—L. B. 1749. 8. — p. 303 sqq.).

30) Opp. T. I. II. Colon. Allobrog. 1761. fol. — *Haubold* l. l. No. CLXXXIII. p. 143.

31) *Cujacii* de Goveano judicium: notae ad Ulp. Fr. Tit. VI. § 6. Opp. ed. *Jac. van Vaassen.* Roterd. 1766. fol.

32) *Biener* Gesch. der Novelien p. 367—372.

33) *Haubold* l. l. No. LV. p. 42. — Opp. T. I — VIII. Lucc. 1765 — 1774.

34) *Hugo* § 183 — 185.

35) Opp. Vit. 1603. fol.

36) Opp. T. I — III. Par. 1562. fol.

37) Cf. *Januarii* respubl. JCtorum p. m. 285.

38) Opp. Frcf. 1607. fol.

39) Opp. in Jurisprudentia Rom. et Att. T. I. — Cf. *Haubold* l. l. § 35. No. LVIII. p. 63.

40) *Hugo* p. 281 sqq. — Opp. Neap. 1725. fol.

tus, Jo. Robertus [41]), Pardulphus Pratejus, Lud. Russardus, Fr. Hotomanus (ob. 1590) [42]), Lud. Charondas (Le Caron, ob. 1617), et qui tot reconditae doctrinae fontes nobis reclusit, ut omnium omnino JCtorum recentiorum princeps merito laudetur, Jac. Cujacius (Cujas, nat. 1522, ob. 1590) [43]). Cui ingenio fortasse par fuit, superior certe philosophica et inprimis logica subtilitate, minus tamen litterarum elegantia historicisque subsidiis instructus, Hugo Donellus (Doneau), Cujacii adversarius, et post varios casus prof. Altorfinus (nat. 1527, ob. 1591) [44]). Utrique aequalis fuit Barn. Brissonius, vir praesertim de juris veteris monumentis colligendis, nec non de verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione explicanda insigniter meritus (ob. 1591) [45]). Post eos inclaruerunt fratres Pithoei (Pithou, Pet. et Franc.) [46]), Pet. Faber (du Faur, ob. 1600), Ant. Faber (Favre, Sabaudus, ob. 1624) [47]), Guil. Maranus (ob. 1621) [48]), Dion. Gothofredus (ob. 1622) [49]), Pet. ab Arca Baudoza [50]), Janus a Costa (Jean de la Coste, ob. 1637), Edm. Merillius (ob. 1647) [51]), Jac. Gothofredus (Godefroi, Genevensis, ob. 1652), Dionysii filius, patri tamen multo superior, sive ingenii acumen sive eruditionis praestantiam spectes [52]), Car. Annib. Fabrotus (ob. 1569), Ant. Dadin. Alteserra (de Hauteserre), Aegid. Menagius (Gilles Ménages, ob. 1692) [53]).

§ 21. *Realium, maxime in Germania, praevalentia, itemque solidioris studii instauratio.*

At in Germania jam diu neglecta haecce studia ac paene contemta jacuerunt [1]). Nullam fere nostrates jurisprudentiae laudem putarunt esse, nisi vel in causis atque in foro tota versaretur, vel in juris materia ad artis formam adornanda occupata esset. Neque vero sola diu stetit Germania in ista jurium pertractandorum ratione, quippe quae deinceps etiam in Italia nec non in Gallia invaluit, ubi antea quasi sedem ac domicilium suum politior jurisprudentia habuerat [1a]). Quid? quod vix ibi recentissima aetas unum et alterum tulit, qui majorum laudem ad imitandum sibi proponeret, nedum eandem adsequeretur. Contra Belgae numquam fere passi sunt, ut sibi deessent viri, qui humaniores litteras cum solidiore juris studio feliciter conjungerent, velut Jo. van de Water, Balth. Branchu [2]), Abr. Wielingius, quem quidem a Germanis petiere Batavi (ob. 1746), Jac. Voorda (ob. 1767),

41) *Haubold* l. l. § 37. No. LXXI. p. 73.

42) Opp. T. I. III. cura *Jac. Lectii.* (Genev.) 1599. fol.

43) *Hugo* in civilist. Mag. III. No. XI et XXII. — Thémis, ou bibliothèque du JCte. Tom. I. Liv. IV. p. 297 — 328. Tom. IV. p. 193 — 208. — Histoire de Cujas par *Berriat-St.-Prix* (in ej. hist. du droit Romain — à Par. 1821 — p. 373 sqq.). — *Spangenberg* Jacob Cujas u. seine Zeitgenossen. (Lpz. 1822. 8.) — *Cramer* in civ. Mag. T. VI. p. 8. sqq. — Opp. T. I — X. Par. 1658. fol. T. I — XI. Neap. 1722 — 1727. fol. de *Dominici Albanensis* promtuario ad Cujacii opera vid. *Hugo* in civ. Mag. T. VI. p. 189 sqq. et *Thibaut* in Archiv für civ. Pr. P. XIII. p. 193 sqq.

44) Opp. T. I — XII. Luce. 1762 — 1770. fol. — *Januarius* l. l. p. 284 sqq. — *Haubold* No. LXVIII. p. 71 sq.

45) Opp. minora. Lugd. Bat. 1747. — *Hugo* P. 265 sqq.

46) *Hugo* p. 311 sqq.

47) *Januarius* l. l. p. 96. 97.

48) Opp. Traj. ad Rhen. 1741. fol.

49) *Hugo* Gesch. des Röm. Rechts seit Justin. § 273.

50) *Hugo* l. l. p. 316.

51) Opp. T. I. II. Neap. 1720. 4.

52) *Haubold* l. l. § 46. No. CXXXIII. p. 107. — Opp. minora Lugd. Bat. 1733. fol.

53) Amoenitates juris civilis, cum praef. *J. Gu. Hoffmanni*. Fref. et Lips. 1738. 8.

§ 21.

1) Cf. tamen *Jo. Fr. Jugleri* D. de insignib. Germanor. in Jurisprudent. elegantior. meritis (praemissa *B. H. Reinoldi* opusc. a *Juglero* edit.).

1a) [Si chronologiam spectas *Italorum* ii, quos § praecedente laudavimus, huc adnumerandi sunt. *Gallis* saeculo XVIII *Rob. Jos. Pothier*, qui quidem Cujacii opera bene noverat, jurisprudentiae elegantioris princeps est. E. G.]

2) *Haubold* l. l. § 67. No. CCXLIX. p. 199.

Guil. Otto Reitzius (ob. 1769) [3], Ger. Meermanus (ob. 1771), quocum Hispanorum scripta, ad elegantiorem jurisprudentiam spectantia, liberaliter communicavit Greg. Majansius, ipse maximum Hispaniae sua aetate decus (ob. 1781) [4], Jo. Conr. Rückerus, Herm. Cannegieterus, aliique, quorum nomina in hujus libri parte inferiore sponte occurrent. Tantum vero abest, ut cultioris jurisprudentiae florem penitus in Germania fuisse extinctum credas, ut non solum ab initio sec. XVIII viri et ingenio et eruditione praestantissimi subinde existerent (inter quos inprimis Heineccius), qui politius illud juris tractandi genus summo cum fructu excolerent, verum etiam hac nostra aetate in ipsa Germania solidior juris doctrina quasi postliminio restitui coeperit. Caeteroquin recentiore aetate, qui vel ad patriae jurisprudentiae indolem constituendam plurimum valuerunt, vel juris civilis ex ipsius fontibus explicandi rationem potissimum sequuti sunt, in primis fuerunt Ben. Carpzov (ob. 1666), Dav. Mevius (ob. 1670) [5], Jo. Brunnemann (ob. 1672), Wolfg. A. Lauterbach (ob. 1678), Ge. Ad. Struve (ob. 1692), Jo. Schilter (ob. 1705), Jo. Nicol. Hert (ob. 1710) [6], Sam. Stryk (ob. 1710) [7], Bern. Henr. Reinold (ob. 1726) [8], Christ. Thomasius (ob. 1728) [9], Nic. Hieron. Gundling (ob. 1729), Jo. Henr. de Berger (ob. 1732), Christ. Godofr. Hoffmann (ob. 1735), Jo. Sal. Brunnquell (ob. 1735), Jo. Gottl. Heineccius (Heinecke, ob. 1741) [10], Jo. Balthasar a Wernher (ob. 1742) [11], Jo. Pet. de Ludwig (ob. 1743), Jo. Frid. Hombergk zu Vach (ob. 1748), Franc. Car. Conradi (ob. 1748) [12], Just. Henn. Boehmer (ob. 1749 [13]), Chr. Henr. Eckard (ob. 1751), Augustin. de Leyser (ob. 1752) [14], Sam. de Cocceji (ob. 1755), Jo. Aug. Bach (ob. 1758) [15], Alb. Dieter. Trekell (ob. 1764), Ge. Christ. Gebauer (ob. 1773) [16], Ge. Chph. Hamberger (ob. 1773), Jo. Dan. Ritter (ob. 1775) [17], Car. Ferd. Hommel (ob. 1781) [18], Chr. Fr. Ge. Meister (ob. 1782), Ernest. Mart. Chladenius (ob. 1782), Jo. Aug. Hellfeld (ob. 1782), Jo. Lud. Conradi (ob. 1785) [19], Fr. Es. de Pufendorf (ob. 1785) [20], Dan. Nettelbladt (ob. 1791) [21], Chr. Gottl. Richter (ob. 1791) [22], E. C. Westphal (ob. 1792), Car. Christoph. Hofacker (ob. 1793) [23], Jo. Lud. Ern. Püttmann (ob. 1796), Jo. Godofr. Sammet (ob. 1796), Ge. Lud. Boehmer, Justi Henningii filius (ob. 1797), Lud. Jul. Fr. Hoepfner (ob. 1797) [24], Car. Fr. Walch

3) *Haubold* l. l. § 68. No. CCLVIII. p. 205. — *Hugo* i. l. p. 470 sqq.

4) *Majansii* Disput. jur. T. I. II. Lugd. Bat. 1752. 4.—*Ejusd.* commentarii ad XXX JCtor. fragmenta. T. I. II. Genev. 1764. 4.—*Hugo* p. 445 sqq.

5) *Dav. Mevii* decisiones. Saep. et noviss. cura *L. Jul. Fr. Höpfneri* T. I. II. Frcf. ad M. 1691—1794. 4.

6) *Hertii* commentationes atque opuscula ed. *Jo. Jac. Hombergk.* Vol. I. II. Frcf. ad M. 1737. 4.

7) Opp. praestantiora. Vol. I — IV. Hal. 1746. 1747 fol.

8) Opusc. Lugd. Bat. 1755. 8.

9) Scripsit: Naevorum jurisprudentiae Romanae ante-Justinianeae libr. II. (Hal. 1695. 4.)

10) Opp. T. I — VIII. Genev. 1744 — 1749. 4.

11) Selectae observationes forenses. T. I. II. (edit. noviss.) Jenae. 1756, fol. T. III. Jen. 1749 fol.

12) *Haubold* i. l. § 65. No. CCXIV. p. 168. — Scripta minora ed. *Lud. Pernice.* Vol. 1. Hal. 1823. 8.

13) *J. H. Böhmeri* exercitationes ad Pand. cura *Ge. Lud. Böhmeri.* T. I — VI. Hannov. et Goett. 1745 — 1764. 4.

14) *Augustin. a Leyser* Meditationes ad Pand (saep. et) cum *Gottl. Aug. Jenichenii* indicibus. Vol. I — XI. Lips. et Guelph. 1741 — 1762. 4. Vol. XII. P. I et II. ed. *Höpfner.* Giess. 1774. 1776.

15) *Haubold* l. l. § 65. No. CCXXX. p. 183. — *E. F. Vogel* de *J. H. Ernestii* meritis in jurisprudent. (Lips. 1829. 8.) Exc. VIII. p. 47 sqq.

16) Exercitationes academicae. Vol. I. II. Erf. 1776. 1777. 4.

17) *Haubold* l. l. § 64. No. CXIX. p. 172.

18) *Haubold* No. CCLXXVIII. p. 181.

19) Opusc. Vol. I. II. Brem. 1777. 1778. 8.

20) Observationes juris universi. T. I — IV. (edit. noviss.) Hannov. 1780 — 1784. 4.

21) *Hugo* civilist. Magaz. T. II. No. I.

22) *E. F. Vogel.* l. l. Exc. IX. p. 51 sqq.

23) (*J. F. Abel*) üb. Hofacker's Leben u. Character. Tüb. 1793. 8.

24) Theoret. practischer. Commentar üb. die Heineccischen Institutionen, ed. et accessionibus locupl. *Ad. Dieter. Weber.* Frcf. ad M. 1818. 4. ed. VIII. — *H. B. Wenck* Höpfner's Leben und Character. Frcf. 1797. 8.—*Hugo* im civ. Magaz. III. Nr. V. p. 74 sqq.

(ob. 1799), G. Aug. Spangenberg (ob. 1806), Phil. Frid. Weis (ob. 1808)[25], Jo. Chph. Koch (ob. 1808)[26], Gottl. Hufeland (ob. 1817), Jo. Ant. Lud. Seidensticker (ob. 1817), Adolph Dieter. Weber (ob. 1817), qui, ut animi candore, ita et ingenii suavitate et scribendi dicendique perspicuitate inter aequales excelluit, Aug. Corn. Stockmann (ob. 1821)[27], Christ. Gottl. Haubold (ob. 1824)[28], qui elegantiores literas historicamque interpretandi rationem a jurisprudentiam maximo cum fructu attulit, alioquin Weberi simillimus, Car. Frid. Christ. Wenck (ob. 1828)[29], Alb. Schweppe (ob. 1829), Chr. Frid. Glück (ob. 1830[30]), E. Spangenberg (ob. 1831).

§ 22. *Notitia litteraria juris civilis generalis* (*).

Librorum juris civilis delectum propposituri, eos hoc quidem loco omittendos esse censemus, qui vel ad Pandectarum doctrinam plane non pertinent, vel peculiaribus juris materiis illustrandis inserviunt, quippe qui suis locis singuli commemorandi sunt. Eorum igitur librorum, qui ad disciplinam nostram generatim spectant, quatuor distinguendae videntur classes: prima, quae editiones corporis juris complectitur; secunda eorum, quorum auctores ipsum juris Justinianei textum interpretati sunt; tertia, ad quam Digestorum systemata referuntur; quarta denique, quae miscellanea opera continet ejusmodi, quibus diversorum auctorum scripta collecta sunt. Jam itaque ex unoquoque genere eos nunc recensebimus, qui plurimi pretii, vel re ipsa sunt, vel hominum opinione habentur.

§ 23. *Editionum aliquot praestantiorum index* (*).

Cum *vulgatae editionis* appellatio multo etiam magis ambigua sit, quam illa *lec-*

25) *Savigny* Zeitschr. für hist. R. W. II. p. 102. — *Id.* in praefat. libri : Das Recht des Besitzes (ed. IV. et V.).

26) *Hugo* civilist. Magaz. Bd. VI. Nr. V. p. 87 sqq.

27) *Vogel* l. l. Exc. X. p. 56 sqq.

28) Opuscula academica ed. et praefatus est *C. F. C. Wenck*, eoque defuncto *F. C. G. Stieber*. Vol. I. II. Lips. 1825, 1829. 8.

29) Opuscula academica ed. *F. C. G. Stieber*. Lips. 1834. 8.

30) Vid. *Schuncks* Jahrb. der jurist. Litteratur. T. XVI. p. 93 sqq.

§ 22.

(*) *Martini Lipenii* bibliotheca realis juridica, post *Fr. Gottl. Struvii* et *Gottlob. Aug. Jenichenii* curas — multis accessionibus aucta. T. I. II. Lips. 1757. fol. Accesserunt supplementa 1) *Fr. Aug. Schotti.* ib. 1775. f.; 2) *Ren. Car. de Senckenberg.* ib. 1789. f.; 3) *Lud. God. Madihn.* Vratislav. (1816. sqq.) fol. — *Burc. Gotth. Struvii* bibliotheca jur. selecta, ed. VIII. cura *Chr. Gottl. Buderi.* Jen. 1756. 8. — *E. Chr. Westphal* Systemat. Anleitung zur Kenntniss der besten Bücher in der Rechtsgelahrtheit. ed. 3. Leipz. 1791. 8. — *Christ. Gottlieb Haubold* institutionum juris Romani privati historico-dogmaticarum lineamenta, observationibus maxime litterariis distincta. Lips. 1814. 8. Cujus quidem libri, cum novae editionis prodromus prodiisset (Lips. 1821. 8.), jam ipsam curavit additamentisque auxit alteram editionem *C. E. Otto.* Lips. 1826. 8. — *Ejusdem* Doctrinae Pandectarum lineamenta cum locis classicis juris in primis Justinianei et selecta litteratura maxime forensi. Lips. 1820. 8. et 4. (Cf. not. * ad § 24.)

§ 23.

(*) *Henr. Brenkmanni* historia Pandectarum. Libr. III. cap. IV. — *Eckhardi* herm. jur. § 86. — *Thibaut* civilist. Versuche I, 14. (über und wider die gewöhnlichen Begriffe in Ansehung der verschiedenen Ausgaben der Pandecten u. Novellen). — *Schräder* Abhandlungen aus d. Civilrecht I, 6. (über eine neue Handausgabe des Justinianeischen Gesetzbuchs). — *Id.* über Berichtigung d. Textes der zum corp. jur. civilis gehörigen Rechtsbücher (in *Hugonis* civilist. Mag. IV, 14. p. 439 — 461.). — *Glück* Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts p. 309 — 331. — *Schrader* Abhandl. aus dem Civilrecht II, 7. (Alte Drucke der Theile des corp. juris civilis, ihrer Verwandtschaft und innerm Werthe nach betrachtet.) — *Spangenberg* Einleit. in das Röm. Justin. Rechtsbuch p. 645 — 950. — Prodromus corporis jur. civilis a *Schradero, Clossio, Tafelio* edendi. Berol. 1823. 8. — *G. J. L. Beck* indic. Cod. et edition. jur. Justinianei prodromus. Lips. 1823. 8.

tionis vulgatae, neque umquam sperari possit, fore, ut hac de re inter se consentiant docti, longe meliorem ii secuti nobis videntur rationem, qui in adornandis editionum corporis juris civilis indicibus istam notionem prorsus esse rejiciendam putarunt. Optime quidem, ut arbitror, huic consilio satisfecerunt, qui, sedula singulorum librorum inter se facta comparatione, tot editionum familias distinxere, quot communem velut stirpis auctorem habuisse appareret[1]). Nos vero, quoniam tironum potissimum in usum scribimus, jam non ultra progrediemur, quam ut ex ingenti editionum copia nonnullas hoc in loco indicemus, easque tales, quas nec illos ignorare licet.

I. Singularum partium editiones. A) Institutionum: *Institutiones cum glossa*, Mogunt. 1468. fol. (ed. princeps). — Par. 1505. c. praef. *Chappuisii*. — *Norimb. per Gregor. Haloandrum*. 1529. 8. — ed. *Frid. Aug. Biener* (indic. edition. adjec.). Berol. 1812. 8. — ed. *Car. Bucher*. Erl. 1826. 8. — ed. *Boecking* (vid. supra § 7. not. 11). — ed. *Ed. Schrader*. Ber. 1832. 4. (et sub titulo: *Corpus juris civilis*. Ad fidem codicum manuscriptorum aliorumq. subsidiorum criticor. recensuit, comment. perpet. instruxit. *Ed. Schrader* JCtus. In operis societatem accesserunt: *Th. Luc. Fr. Tafel*. Philologus, *Gualth. Fr. Clossius* JCtus. Post hujus discessum *Chr. Joh. L. Maier*. JCtus. T. I. Instit. Lib. IV. — B) Pandectarum[2]): ed. princeps (?) a) Dig. vet. Perug. 1476. fol. — b) infort. s. l. et a. (ante a. 1470. *Spangenberg* p. 429. not. 25). Dig. nov. Rom. 1476. fol. — *Norimb. per Greg. Haloandrum*. 1529. 4. — *ad archetypum Florentinum recogn. per Lael. Taurellum, edente ejus filio Francisco*. 1553. f. — (vid. et edition. univ. corporis jur. indic.) — C) Codicis: ed. princeps: Mogunt. 1475. fol. (novem priores libros continens); Rom. 1476. fol. (tres libros posteriores in totius Voluminis editione). — *Norimb. per Greg. Haloandr.* 1530. fol. — *auct. L. Russardo*. Lugd. 1561. fol. — *Anton. Contio auctore* (una cum praetermissis; vid. supra § 20. not. 4.). Par. 1566. fol. (vid. edition. univ. corp. jur. civ. indic.) — D) Novellarum[3]): ed. princ. Rom. 1467. fol. (in Vol.). — edit. *Haloandri*. Norimb. 1531. fol. Basil. ex offic. *Hervagiana* 1541. f. — ed. *Scrimgeri*. Genev. 1558. f. — ed. *Contii*. Par. 1559. f. — ed. *Russardi*. Antv. 1560. fol. — (vid. edition. univ. corp. jur. indic.)

II. Universi corporis juris Justinianei editiones. 1. *Venet. ap. Rubaeos*. 1476 — 1478. fol. cum glossa. [a) Dig. vet. b) infort. c) nov. d.) Cod. libri IX. e) volumen. f) Institutiones.] — 2. *Venet. ap. Andr. Papiens. et Andr. Calabrensem*. 1481 — 1490. f. c. gl. — 3. *Nuremb. per Ant. Koberger*. 1482 — 1504. f. c. gl. — 4. *Venet. per Baptistam de Tortis*. 1484 — 1488. fol. c. gl. et saepe. — 5. *Paris. sumptib. Joan. Bonhomme aliorumque*, 1508 — 1511. 4. c. gl. — 6. *Lugd. per. Francisc. Fradin*. 1510 — 1514. f. c. gl. et saepe. — 7. *Par. per Berthold. Rembolt*. 1515 — 1516. f. c. gl. et saepe. — 8. *Norimb. per Greg. Haloandrum*. 1529 — 1531. (v. singularum partium editiones supra nr. I.) — 9. *Lugd. ap. Hugon. a*

1) Vid. *Schraderi* scripta modo (not. *) laudata, ex iisque potissimum *Prodromum* etc., unde, quae summa et ubertate et industria de Institutionum editionibus tractantur (§ 27 — 39. p. 175 — 226.), in commune fere conferri poterunt. Vid. et ejusdem auctoris Titulorum aliquot e Digestis editionn. (Tub. 1819.) praefat. p. XLVIII — LVIII., et *Crameri* praefat. ad Tit. D. de V. S. ab ipso edit. p. XLVII — LI.

2) De divisione illa, qua Pandectarum editiones in Florentinas, Noricas s. Haloandrinas et vulgatas distinguuntur, itemque altera in vulgatas, Florentinas atque mixtas, vid. *Thibaut* l. l. p. 265 — 279.

3) *Thibaut* l. l. p. 311 — 323. — *Biener* Gesch. d. Nov. p. 317 — 401.

Porta 1538—1540. f. c. gl. et saepe. — 10. *Paris. ap.* [illegible] 1548—1550. 4. c. gl. (cura *Lud. Miraei*, vulgo appellatum « corpus Augustini, » quod in curandis Pandectis Augustini opinionibus et emendationibus saepenumero usus est.) — 11. *Lugd. ap. Sennetonios fratres.* 1549 — 1550. f. c. gl. — 12. auct. *L. Russardo.* Lugd. 1560 —1561. f. et deinceps Antverp. 8.— 13. *auct. A. Contio.* Lugd, 1571 [4]). — 14. *Antverp. ap. Christopher. Plantin.* 1775. f. (V Vol.) c. gl. — 15. ex edit. *L. Charondae.* ib. 1775. f. — 16. *Genevae stud. Jul. Pacii.* 1580. fol. et 8.— 17. stud. *Petri ab Area Baudoza Cestii.* Lugd. 1593. 4. (Universi juris civilis in quatuor tomos distributi corpus.) c. gl. — 18. *Dion Gothofredi* editiones a) non glossatae, quarum princeps prodiit Lugd. 1583. 4. (*Corpus juris civilis*, in IV partes distinctum.) Ex magno numero edition. Gothofredianarum hae sunt insignes: α) cura *Sim. van Leeuwen.* Amstel. 1663. f. β) Frcf. 1663. 4. γ) Lips. 1720. 4. δ) Lips. 1740. 4. — b) glossatae. Lugd. 1589. VI Vol. f. et saepe post. stud. *Jo. Fehii.* Lugd. 1627, quae quidem omnium editionum glossatarum est ultima.— 19. *Amstel. ap. Elzevir.* 1664. 8. ib. 1700. 8.— 20. rec. *Ge. Christian. Gebauer* et post ejus obitum *Ge. Aug. Spangenberg.* Gott. 1776. 1797. T. I. II. 4.— 21. rec. *J. L. G. Beck.* T. I. P. I. II. Lips. 1825. 1826. 8.— Jam quoque editiones stereotypae edi coeptae sunt tum ab ipso *Beckio* tum a fratribus *Alberto* et *Mauritio Krigeliis.* (Lips. 1828)[4a]).

III. Reconcinnatae editiones [5]): 1. *Rob. Jos. Pothier* Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae, cum legib. Cod. et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. T. I — III. Paris. 1748. f. ed. 2. Lugd. 1782 f. — 2. *Car. Ferd. Hommelii* palingenesia librorum juris veterum sive Pandectarum loca integra ad modum indicis *Labitti* et *Wielingi* oculis exposita. T. I.— III. Lips. 1767. 1768. 8. — 3. *Euseb. Begeri* corpus juris civilis reconcinnatum. P. I. II. III. Lips. et Frcf. 1767. 1768. 4. [6])

§ 21. *Juris Justinianei interpretes* (*).

Totum corpus juris Justinianei post Accursium interpretatus est Dionysius Gothofredus. Majorem ejus partem vel prolixioribus commentariis vel notulis in primis illustrarunt 1) scholasticorum aetate: Odofredus, Bartolus, Baldus, et Jason Maynus; 2) post instauratam jurisprudentiam politiorem, magnus ille Cujacius, qui quidem omnibus juris interpretibus palmam praeripuit. Nec prorsus silentio praetereundus est Hugo Grotius (florum sparsio ad jus Justinianeum; cum praefat. Geo. Christ. Gebaueri. Hal. 1729. 8). In iis autem libris recensendis, qui singulis juris Justinianei partibus illustrandis inserviunt, eum sequemur ordinem, qui quidem in recentioribus editionibus observari solet.

4) Cf. *Cramer* in praef. ad Tit. Dig. de Verb. signif. p. L. nr. c.

4a) [Beckii editio prodiit: Corpus juris civilis. Editio stereotypa ex officina Caroli Tauchnitii cura D. *Joannis Ludovici Guilielmi Beck.* Lipsiae. apud Car. Cnobloch. Vol. I. 1829. vol. II. 1837.]

5) *Abr. Wieling* Jurisprudentia restituta sive index chronologicus in totum jur. Justinianei corpus. Amstel. 1727. 8.—*Car. Frid. Christ. Wenck* indicum corp. jur. civ. supplementum (quo ea Cod. Justinianei loca, quibus impp. Romanam antecessorum constitutiones nominatim commemorant, indicantur). Lips. 1811. 8. et in opuscul. p. 184 — 219.

6) [*Versiones*: in linguam franco-gallicam Digesta verterunt *Hulot* et *Barthelot.* Parisiis. VI vol. 1803. 1804. 4.—Das Corpus juris civilis, ins deutsche übersetzt von einem Verein Rechtsgelehrter und herausgeg. von *K. E. Otto*, *B. Schilling* et *F. K. Sintenis* T. I—VII. Lips. 1830—1834. 8. E. G.]

§ 24.

(*) *Car. Ferd. Hommelii* corpus juris civ. cum not. Variorum. Lips. 1768. 8. (ad Inst. et Dig.).

I. Institutionum interpretes : (vid. omnino Schraderi prodr. § 41 — 55 , p. 227 — 272.). — 1.Theophili paraphrasis instit. (vid. supra § 13. not 3.). — 2. Franc. Balduinus , Par. 1554. f.— 3. Eguin. Baro , Pictav. 1555. 4. — 4. Franc. Hotomanus (in opp. T. II. p. 1 — 960.) — 5. Jac. Cujacius , Colon. Agr. 1556. et opp. T. I. — 6. Janus a Costa cur Jo. van de Water (ed. altera), Lugd. Bat. 1744. 4. — 7. Reinh. Bachov. Echtii, Frcf. ad M. 1643. 4. et al. — quem fere exscripsit 8. Arn. Vinnius cum not. Jo. Gottl. Heineccii, Lugd. Bat. 1726. 4. et saep. —9. J. H. Boehmer in not. editioni suae adspersis (Hal. 1728. 4.). — 10. Ev. Otto cura Jo. Rud. Iselii, Basil. 1760. 4. et al.— 11.Ed. Schrader, vide. § 23, in f.

II. Commentarii in Digesta (**) : 1. Odofredi commentar. In Dig. tria. Venet. 1480. f. — 2. Alciati opp. T. I. et II. — 3. Fr. Duareni opp. p. m. 1 — 1026.—4. Cujacii paratitla in libros L. Digestor. — Ej. commentar. in nonnull. Dig. titulos (de pactis, de transactionibus, de V. O. etc.). Ejusd. comment. ad Africanum, ad alvianum, Papinianum, Paulum, etc. — 5. Donelli comment. ad nonnullos Dig. titt. (Frcf. 1599. fol.). — 6. Ant. Fabri rationalia in Pandectas (a Lib. I — XIX.) T. I—V. Lugd. 1659—1663. f. et al. —7. J. Gothofredi comment. in tit. Pandect. de div. reg. jur. (in opp. min. ed. Trotz, p. 705 sqq.).—Propius etiam accedunt ad exegeticam interpretandi rationem : Ger. Noodt comment. in Libros XXVII Digestor. (opp. T. II.), et A. Schulting enarratio partis primae Dig. (comment. acad. T. III.).

III. Commentarii in Codicem : 1. Azonis Lectura s. commentarius ad singulas leges XII libror. Cod. Par. 1577. f. et saep.— 2. Odofredi Lectura sup. XII libr. Cod. Lugd. 1550. f.—3. Barth. de Saliceto comment. in Cod. Lugd. 1560 f. et al. — 4. Cujacii paratitla in libros IX et commentar. in libros tres posteriores Cod. opp.). — 5. Hugon. Donelli commentar. ad II. III.· IV. VI. et VIII. libr. Cod. Justinianei (et lib. Dig. XLV. de V. O.). Frcf. 1599. f. — 6. Hub. Giphanii explanat. difficilior et celebrior. legg. Cod. Justin. Colon. 1614. 4. — 7. Jo. Jac. Wissenbachii in VII libr. Cod. comment. cathedrariae. Francq. 1701. 4. et al. — 8. Perezii Praelection. in XII Libr. Cod. Col. Agr. 1661. 4. et saep. — 9. Cypr. Regn. ab Oosterga comment. in omnes et singulas leges, quae continentur in XII Libr. Cod. Traj. ad Rhen. 1666. 4. — 10. Jo. Brunemanni comment. in XII. libr. Cod. Justin. Lips. 1679. et saep.—[Cfr. a) commentarii in constitutionum Codd. ante-Justinian. — supra § 9. not. 1. — b) comment. in librum I. Deciss. nec non in auth. — supr. § 10. not. 12. et § 17. not. 17.]

§ 25. *Systemata.*

I. Secundum ordinem Pandectarum : 1. Matth. Wesembecii paratitla in Pandectas juris civilis. Lugd. Bat. 1649. et saep.—2. Ulr. Huberi praelection. jur. civ. T. II. et III. (T. I. continet praelection. ad Inst.). Access. Christ. Thomasii additiones (ed. IV.). Frcf. et Lips. 1749. 4.— 3. Wolfg. Adami Lauterbachii collegium theoretico-practicum. P.I—III. Tub.1690—1711. 4. et saepe. — 4. Jo. Voet commentarius ad Pandectas.T. I.II. Col. Allobr.1769. f. et saep.—5.Jo. Schilteri praxis juris Romani in foro Germ. T. I — III. Frcf. et Lips. 1713—1733. f. — 6. Sam.

(**) *Ant. Schultingii* notae ad Dig. s. Pandectas, ed. atque animadvers. adjec. *Nicolaus Smallenburg*. T. I —VI. Lugd. Bat. 1804 —1828.—*Spangenberg*.l. l. p. 266—400.

Strykil usus modernus Pandectarum (in opp. praestantior. T. I. et II. Hal. 1746. f.). — 7. Justi Henn. Boehmeri introduetio in jus Digestor. Hal. 1704. et saep.—8. Jo. Ortw. Westenbergii principia sccundum ordinem Digestorum. Hardcrov. 1712. 8. ct in opp. — Noviss. Berol. 1814, T. I. II. 8. — 9. Jo. Aug. Hellfeld jurisprudentia forensis secundum Pandetaerum ordinem proposita. Jen. 1764. 8. et saep.—10. Christ. Friedr. Glück Ausführliche Erlaeuterung d. Pandecten nach Hellfeld. [Vol. I — XXXIV. Erlang. 1790 — 1830.— Voluminum I — III nova editio prodiit ibi 1797 — 1806. Adjecta sunt indicis rerum et legum volumina III. Erl. 1822—1832. Commentarium continuavit C. F. Mühlenbruch Vol. XXXV — XXXVII. Erl. 1832. 1833.]—11. Jul. Frid. Malblanc princip. juris Rom. secundum ordinem Digestor. Partcs I — III. Tub. 1801 et 1802. 8.

II. Ordine naturali disposita : 1. Franc. Connani commentariorum juris civ. libri X. T. I. II. Par. 1553. fol. noviss. Ncap. 1724. f. — 2. Hug. Donelli commentarior. juris civilis libri XXVIII. Hanov. 1612. f. noviss. cura J. C. Koenig. T. I — IV. Norimb. 1801 — 1808. 8. contin. C. Bucher T. V — XII. ibid. 1822 — 1829. [Cujus quidem praestantissimi libri epitomes composuerunt a) Oswald Hilliger : Donellus enucleatus. Jen. 1617. 4. b) Arn. Vinnius : jurisprudentiae contractae, s. partitionum juris civilis libri IV. Rotterd. 1625.]. — 3. Nic. Vigelii methodus universi juris civilis. Fref. 1628. f. et saep. — 4. Herm. Vulteji jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae lib. II. Hanov. 1652. 8. et saep. — 5. Georgii Adami Struvii jurisprud. Romano-Germanica forcnsis. cd. XVIII. noviss. cura Jo. Gottl. Heineccii. Bamb. et Herbip. 1767. 8. — 6. Car. Christph. Hofacker principia juris civilis Romano-Germaniei. T. I — III (T. II. et III. cura Christ. Gmelin.) Tub. 1788 — 1798. 8. — 7. Gust. Hugo Institutionen d. heutigen Roemischen Rechts. Berl. 1789. 8. ed. VII. ib. 1825. 8. — 8. Ant. Fried. Just. Thibaut System des Pandectenrcchts. T. I. II. Jen. 1803. 8. ed. VII. 1828. 8. ed. VIII. 1834. (ad ed. VII. Eroerterungen über die bestrittensten Materien des Roem. Rechts. herausgegben von J. R. Braun. Stuttgart. 1831.)—9. Christ. Aug. Güntheri principia juris Romani privati noviss. T. I. II. Jen. 1805 — 1809. 8. (Christ. Fried. Glück Handbuch zum systematischen Studium des neuesten Roemischen Privatrechts nach den Grundsaetzen des — Günther, Th. I., welcher die Einleitung u. Litteratur des Justinianeischen Rechts enthaelt. Et sub titulo : Einleitung in das Studium des Roemischen Privatrechts. Erl. 1812.) — 10. Arn. Heise Grundrifs eines Systems d. gemeinen Civilrechts. cd. III. Heidelb. 1818. 8.—11. Gottl. Hufeland Lehrbuch des in den deutschen Laendern geltenden Civilrechts. T. I. II. Giess. 1808 — 1814. — 12. K. F. F. Bucher System der Pandecten. Hal. 1811. 8. ct Erl. 1822. — 13. J. C. F. Meister jus Romanum privatum idque purum. Vol. I. Züllichau 1813. 8. — 14. F. Mackeldey Lehrbuch des heutigen Roem. Rechts. ed. X. Gicssae. 1833. (ed. I. ibid. 1814 prodiit.) — 15. Alb. Schweppe das Roemische Recht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. Alton. 1814. 8. ed. III. 1822. 8. — cd. IV. cura W. Mejer. Gott. 1828-1833. — 16. J. N. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civ. R. nach Heise's Grundriss. T. I — III. Münch. 1822 — 1825. ed. II. 1824. 1825. ed. IV. 1832. (Cf. J. A. Fritz Erlaeuterungen, Zusaetze und Berichtigungen zu Wenings Lehrb. 1. 2. Heft. Freib. 1833. 1834.—17. L. A. Warnkoenig commentarii juris Romani priv. T. I — III. Leod. 1825. 1829. — 18. J. A. Seuffert Lehrb. d. pract. Pan-

dectenrechts. T. I — III. Würzb. 1825. — 19. C. J. M. Valett ausführl. Lehrb. des pract. Pandektenrechts. T. I — III. Leipz. 1828 — 1829. — 20. E. Gans System des Roem. Civilr. im Grundr. Berl. 1825. 8.—21. F. Blume Grundriss des Pandektenrechts. Halle 1829. 8. — 22. A. Haimberger jus Romanum privatum idque purum. Leop. 1829. 1830. — 23. (Goeschen) Grundriss zu Pandektenvorlesungen, mit beigefügten Citaten und Eroerterungen. Gott. 1831. 8.—24. A. K. H. v. Hartitzsch das Roem. Privat. in ausführl. tabellar. Darstellung. Leipz. 1831. 8. — 25. G. F. Puchta System des gem. Civilrechts. München. 1832. 8.

§ 26. *Collectiones, quibus diversorum auctorum scripta miscella continentur.*

1. Tractatus universi juris duce et auspice Gregorio XIII. pontifice in unum congesti (cura Franc. Ziletti,) T. I — XXIII., qui continentur XXVIII Voluminibus. Venet. 1584. f. (Vulgo tractatum tractatuum vocant.) — 2. Ever. Ottonis thesaurus juris Romani. T. I — V. (ed. II.) Traj. ad Rhen. 1733 — 1735. f. — 3. Jurisprudentia Romana et Attica c. praefat. Jo. Gottl. Heineccii. T. I — III. Lugd. Bat. 1738 — 1741. f. — 4. Ger. Meermani novus thesaurus juris civ. et canonici. T. I — VII. Hag. Comit. 1751 — 1753. f. Supplementum novi thesauri juris civ. et can. — — post patris obitum, Jo. L. B. de Meerman. ib. 1780. f. — 5. Dan. Fellenberg jurisprudentia antiqua. T. I. II. Bern. 1760. 1761. 4. — 6. Ger. Oelrichs thesaurus dissertationum juridicarum selectissimarum in academiis Belgicis habitarum. Vol. I. T. I — III. Vol. II. T. I — III. Lips. 1769. 1770. 4. — Ejusd. thesaurus novus dissertationum juridicarum, etc., Vol. I. T I. II. Vol. II. T. I. II. Vol. III. T. I. II. Brem. 1771 — 1782. 4. — 7. Gust. Hugo Civilistiches Magazin. T. I —V. T. VI. Fasc. I. Berl. 1791 — 1827. 8. — 8. Carl Grolman Magazin für die Philosophie und Gesch. des Rechts. T. I — IV. Giefsen 1800 —1825. 8. (inde a T. III. sub titulo : Neues Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgegeben von Carl v. Grolman und Egid. v. Loehr.) —9. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgeg. von F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn u. J. F. L. Goeschen; succed. Klenze in locum Goescheni inde a T. VIII. f. 2.) T. I —VIII (fasc. 1. 2). Berol. 1815 —1833. 8. — 10. Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von J. C. Gensler, J. C. A. Mittermaier und C. W. Schweizer. (v. Loehr, Mittermaier, Thibaut, quibus accesserunt Linde, Mühlenbruch, Waechter (a T. XIV) et Francke (a T. XVI). T. I — XVII. Heidelb. 1818 —1834. 8. — 11. Thémis, ou bibliothèque du Jurisconsulte; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats. T. I—IX. à Paris (tum Bruxellis), 1819 — 1831. 8. — 12. C. A. den Tex en J. van Hall Bydragen tot Regtsgeleerdheit en Wetgewing. (T. I — VI. Amsterd. 1826 —1832. 8. — 13. Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Erster Jahrg. (für Jurisprudenz, Philologie, etc.), herausgeg. von Hasse, Boeckh, Niebuhr, etc. IIter und IIIter Jahrg., herausgegeben von Blume, Hasse, Puchta und Pugge. Bonn 1827 — 1829. T. IV. fasc. 1 ibid. 1830. T. IV. f. 1. 2. T. V. VI, cooperantibus. Boecking, Hollweg, Unterholzner. Gott. 1832—1834. inde a Tomo V. et sub titulo : Neues Rhein Mus. etc. Erster Band. — 14. Chr. Fr. Elvers Themis. Zeitschrift f. practische Rechtswissenschaft. T. I. II. Gott. 1827 — 1830. 4. — 15. Zeitschrift für Civilrecht und Process, herausgeg. von Linde, Marezoll und Wening-Ingenheim, inde a T. V. in locum Wening successit de Schroeter. T. I. VII. — Giessae 1827. 1834. — 16. Rosshirt Zeitschrift. f. Civil. u.

Criminalrecht. T. 1. 5 fasc. continens. Heidelberg. 1832 — 1835. 8. (In numerum librorum, quibus varia diversorum auctorum scripta continentur, referenda etiam videntur repertoria s. promtuaria juris in usum potissimum pragmaticorum compilata, velut: 1. Promtuarium juris Bertochianum —— cura Car. Ferd. Hommelii. T. I. II. Lips. 1777. 8.—2. Jo. Ernest. Just. Mülleri promtuarium juris novum ex legibus et optimorum JCtorum tam veterum quam recentiorum scriptis ordine alphab. congestum. T. I — XII. Lips. 1784 — 1790. 8.)

§ 27. *Disciplinae Pandectarum notio.*

Pandectarum disciplina in juris Romani maxime privati praeceptis, qua ad forensem usum spectant, pleniore uberioreque modo explicandis, versatur. Quemadmodum igitur fontibus Pandectae facile distinguuntur ab aliis juris disciplinis, velut juris Germanici privati, tum etiam canonici, ita ab Institutionum doctrina, nec non a scholis de jure Romano mere historicis diversa tractandi ratione differunt. Licet enim in Pandectarum quoque doctrina interdum et pontificis decretorum, et domesticarum legum mentio facienda sit, quatenus scilicet illis ipsis jus Romanum vel abrogatum, vel correctum, vel accuratius definitum est, ea tamen utique nobis servanda erit ratio, ut, quaecunque istis legibus vel primum constituta, vel ex jure Romano ita immutata sunt, ut velut mixti inde juris species existeret, eadem minime huc importemus, sed scholis de utroque illo jure separatim habendis, tota relinquamus. Contra vero nonnunquam etiam in ea juris Romani capita inquiri oportebit, quorum nullus hodie cernitur usus forensis; sed tamen eo usque duntaxat, quoad accuratiori hujus ipsius juris civilis, quo nunc utimur, cognitioni inserviat [1]).

§ 28. *Ordinis ratio.*

Quod vero ad rationem ordinis et disponendarum partium doctrinae Pandectarum attinet, duo tamquam summa genera sunt distinguenda. Alterum *legale*, in quo jus civile ad Pandectarum Justinianearum seriem exponitur; alterum *systematicum*, quod vocant, juris civilis libros continens ejusmodi, quorum auctores suam quisque legem in collocandis disponendisque rebus secuti sunt. Et de legali quidem methodo non est, quod pluribus dicamus, cum jam nemo fortasse sit, quin sua sponte intelligat, quam parum illa conveniens sit ad artem nostram via ac ratione tractandam [1]). Qui vero alteram, quam commemoravimus, rationem sequendam esse putant, de eo quidem, quibus in locis quaeque res sit collocanda, mirifice inter se discrepant [2]). Idque pro variis hominum judicandi rationibus aliter esse nequit. Sunt tamen nonnulla, quae tamquam leges observanda esse unicuique videntur, qui juris systematibus concinnandis manus suas admovere velit. Primum, ut a simplicioribus proficiscamur ad com-

§ 27.

1) Cf. *Vogel* Untersuchungen über die Bestandtheile, Natur und wissenschaftl Stellung des Pandektenrechts. Lips. 1831.

§ 28.

1) Cf. *H. Donelli* commentarii jur. civili. Lib. I. c. 1. § 2 sqq.—*Hugo* civilist. Magaz. II. p. 19 et 94. (ed. 1.)

2) *H. Blondeau* des méthodes de classification qui ont été suivies ou proposées à diverses époques, pour faciliter l'étude du droit privé, et notamment de celles qui sont adoptées aujourd'hui dans la plupart des universités d'Allemagne (Thémis T. III. Livr. 13. p. 246 — 277.) — *G. F. Puchta* in Rhein. Museum III. p. 115 sqq.

posita, tum a principiis ad ea, quae consequuntur. Deinde, ut apte inter se jungantur, quae communi quadam et principiorum et rerum ratione cohaerent. Denique, si quam rerum disponendarum rationem in eo ipso, de quo quaeritur, jure civili deprehendamus, eamque talem, quae non fortuito nata, sed certis principiis, ex hujus ipsius juris indole ac natura petitis subnixa sit, ut eam rationem, quoad ejus fieri vel possit vel debeat, in adornanda hujus juris disciplina, sequamur. Quibus perpensis nos in singularibus quidem tractandis doctrinis hanc nobis proposuimus rationem, ut primo loco personas collocaremus earumque differentias, quaeque cum illis proxime conjuncta sunt jura; deinde disputaremus de rebus, quatenus personarum potestati, nullo tamen personali juris vinculo interveniente, subjectae sunt; tertio denique loco de obligationibus quaereremus, quae variis ex causis inter homines obtinent [2a]. Haec enim dispositio, ut est simplicissima, et, quantum ego judicare possum, plane et dilucide jura, jam sua natura inter se conjunctissima, copulat ac componit [3]; ita Romanae jurisprudentiae debetur, ipsique quodammodo inhabitat. Neque vero illud nobis negotium facessit, quod acriter inter doctos etiamnum disputatur, quomodo sit intelligendum illustre illud Gaji praeceptum: *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* [4]. Nam in omni jure Romano, quo noscunque demum vertamus, ultro quasi obviam sese nobis offerunt tria ista: *status, dominium, obligatio*; ad quae tamquam ad summa jurium genera, ut singula juris praecepta fere omnia, ita formulae illae actionum principales referuntur, *praejudiciales de statu*, [4a] et *in rem*, et *in personam*. Haec igitur artis nostrae velut perpetua fundamenta sunt, quantumvis in singulis partibus ultra pristinos fines subinde prolata. Neque illa ipsa commutantur, sive obligationes ad actiones referamus, sive ad res, item, sive cum singulis juribus actiones quoque ad haec ipsa tuenda comparatas conjungamus, sive eas in extremam dotrinae partem omnes rejiciamus, dummodo id curemus, ut tamquam doctrinae fundamenta ea semper appareant, in quibus omnis privati juris causa vere vertitur. Quod si effecerimus, nihil profecto impedit, quo minus ea separemus et post reliqua demum tractemus, quae, licet ex iis capitibus, quae artis nostrae perpetua fundamenta diximus, uni aut alteri suapte natura adsignanda sint, tamen e reliquo jure tam multa habent admixta, ut conflata paene ex omni doctrinae parte videantur. Quo in genere jura sunt, ad rem familiarem, tutelarem, hereditariam maxime spectantia. Quae nisi in extrema libri parte posuerimus, verendum, ne ipsi offendere videamur regulam, quae a simplicioribus jubet ad composita, a principiis ad ea, quae consequuntur, esse procedendum.— Quae de consilii nostri ratione praeterea videntur esse praecipienda, ad partis generalis compositionem pertinent. Quam quidem in duos libros distinximus, quorum uno de juris fontibus (s. de jure objectivo) quaeritur, altero vero de juribus

2a) Vid. *Auctoris* Cession der Forderungsrechte, ed. III. § *a*. — et infra § 78.

3) Aliter quidem res visa est *Blondello*, tum etiam JCtis, quos ille praedicat « doués d'un esprit plus indépendant que nos modernes docteurs; » quippe qui ita judicat: « Rien n'est cependant plus facile que d'apercevoir le vice, je n'ose dire l'absurdité de cette distinction » (l. l. p. 248.).

4) *Thibaut* Versuche II. 1. — *Hugo* civ. Mag. IV, 1. et 9. V. 15. et p. XXVIII — XXXI. et T. VI. p. 284 — 330. — *C. E. Weiss* über die Stellung der Lehre von den Obligationen im heut. R. R. Giessae. 1828. — Cf. *Schweppe* Jur. Mag. I. p. 6 — 13. et dissertationes *Marezolli* et *Ungeri* § 10. not. 9. laudatas.

4a) Vocabulo: *praejudicialis forma* sensus quidem est latior (Gaj. IV, 44.); sed quum omnes de statu actiones praejudiciales sint, eaeque ceteris saepius occurrant, Justinianus de iis solis tractat § 13. J. *de actionibus*.

ipsis (s. de jure subjectivo) cum universe disputatur, tum etiam singularia quaedam juris loca explicantur. Jam vero non est, quod dubitemus, quin ea quidem praecepta ad partem generalem referenda sint, quae ex aliis artis nostrae disciplinis, ut ex rei judiciariae prudentia, Pandectarum doctrinae tamquam in auxilium adhiberi solita sunt. At praeterea id potissimum egimus, ut commune quoddam jurium tamquam instrumentum traderemus tironibus, unde singularum causarum, maxime ambiguarum, haurienda essent argumenta atque explicanda [5]). Quod si fieri minime potuit, nisi adsumtis interdum quaestionibus juris singularibus, hanc tamen molestiam et velut inconstantiam auxerunt illi, qui de factis, ut jurium causis, disputari non posse sibi persuaderent, nisi et de personis et de rebus satis multa antea praecipiantur. Illusit ipsis, si quid video, similitudo quaedam ac species illa logicae veritatis, quam istarum rerum conjunctio prae se ferre videtur; cui tamen, si tantum tribuamus, quantum a plerisque fieri solet, vix ulla invenietur juris nostri materia, quae non in generali Pandectarum parte tractanda sit.

5) *Schunck's* Jahrb. der jurist. Litteratur. T. VIII. p. 15. — A. L. Z. mensis August. 1831. Nr. 151. p. 562 sqq.

PARS GENERALIS.

LIBER I.

DE JURIS FONTIBUS SIVE DE JURE OBJECTIVO.

CAPUT I.

DE JURE UNIVERSIM EJUSQUE ORIGINE.

§ 29. *Legis notio.*

Legis, qua ad prudentiam civilem spectat, significatio vocabuli varia est [1]. Et proprie quidem lex nihil aliud est, nisi verborum quaedam conceptio [2]. Igitur legis nomine insigniuntur cum ipsarum legum rogandarum tum aliae verborum formulae, quae rebus negotiisque modum praescribunt, velut lex mancipii, contractus, venalium vendendorum, aedium, et quae eorum sunt similia [3]. Ex vulgari autem loquendi usu lex dicitur, primum, quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante constituit [4]; deinde, juris norma, ab iis, quibus haec potestas data est, publice praescripta ac sancita [5]; denique omnis justi injustique regula [6].

§ 30. *Juris objectivi divisio,* A) *ex summa ejus cognoscendi ratione petita.*

Omne jus, si quidem summos ipsius fontes spectamus, bifariam distribui solet. Aut enim natura est jus, aut positione. Natura est, quod a naturali ratione profectum omnium hominum commune est. Positione jus est, quod quisque populus

§ 29.

1) *Brissonius* de verb. sign. v. *lex.*—Cf. *Hugo* in civilist. Magaz. Bd. III. p. 412. not. *.

2) *Ernesti* in legum indic. praemiss. ejusd. clav. Ciceron. p. 1.

3) *Cic.* de or. I, 39. 58.—L. 33. D. *de servit. praed. urb.* (VIII, 2.)—L. 60. 72. §. 1. D. *de contrah. emt.* (XVIII, 1.)—L. 1. D. *de commissoria.* (XVIII, 3.)—L. 25 § 3. D. *loc. cond.* (XIX, 2.)—L. 8. in f. D. *de praescript. verb.* (XIX, 5.) etc.—Cf. *Ernesti* l. l. — *Brisson.* l. l. § 11. 12.

4) § 4. I. *de J. N. G. et C.* (I, 2.).—*Gaji* Inst. I. § 3. « Lex est, quod populus jubet atque constituit. » (Cf. supra § 3. not. 2.)— *Gaji* Inst. I. § 4. « Senatusconsultum — — *legis vicem obtinet.* » — § 5. « Constitutio principis est, quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit; nec umquam dubitatum est, *quin id legis vicem obtineat.* » — § 7. « Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est, jura condere; quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id, quod ita sentiunt, *legis vicem obtinet.* »

5) *Cic.* de legib. 1, 6. «—quae scripto sancit quod vult, aut jubendo, aut vetando—. » — Cf. L. 5. § 1. D. *de extraordinar. cog.* (L, 13.) «—legibus ac moribus comprobatur. »

6) Ita fere definit *Seneca* de benefic. IV, 12. (Cf. *Cic.* de legib. 1, 6.) — *Papinianus* vero non tam definitionem exhibet legis, quam ejus et vim et virtutes describit: « Lex est, » inquiens, « commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponsio. » L. 1. D. *de legib.* 1, 3.

ipse sibi constituit, idque etiam jus civile appellatur [1]). Atque hujus quidem civilis juris, quatenus opponitur naturali, duplex cernitur officium. Etenim vel in ea juris parte constituenda versatur, quae cum ad vitae civilis usum pernecessaria sit, natura tamen non est definita [2]), vel in juris naturalis praeceptis (postulante id quidem vel necessitatis, vel certe utilitatis ratione) aut tollendis aut angustioribus terminis circumscribendis [3]). Ipsum autem juris civilis nomen varie accipitur. Latius enim sumto vocabulo omne denotat jus in civitate aliqua omnino obtinens, quasi commixto utroque jure et naturali et civitatis proprio [4]). At saepissime jus civile certis juris Romani et partibus et fontibus opponitur, ut juri publico [5]), tum etiam criminali [6]); ut communi omnium hominum juri [7]), ut praetorio [8]), quod quidem maximam partem ex naturali jure profectum est. Quoniam autem juri Romanorum proprio excolendo tuendoque inprimis operam dederunt JCti, non est, cur miremur, ei jurium generi, quod sine scripto sola prudentium auctoritate constitutum est, illam juris civilis appellationem prae ceteris tribui [9]).

§ 31. *Juris civilis Romanorum indoles.*

Jus autem civile, quod quaerimus, in jure maxime privato continetur, quo quidem usi sunt Romani. Idque hujus ipsius juris auctores ex triplici fonte repetendum esse censuerunt. « Collectum etenim est ex *naturalibus praeceptis*, aut *gentium*, aut *civilibus*. *Jus naturale* est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. — Hinc descendit maris atque foeminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri » [1]). — Quaecunque igitur a natura omni animantium generi insita sunt, velut ut se suosque et alant [2]) et tueantur [3]), ea

§ 30.

1) L. 9. D. *de J. et J.* — § 1. 2. I. *eod.* — Cf. *Cic.* de invent. II, 22. (« Ac naturae quidem jus est, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem. »)

2) Velut ea, quae ad formam litium instituendarum pertinet, tum ad jurium negotiorumque solemnitates, et quae sunt generis ejusdem. — Cf. *G. Noodt* ad Tit. de J. et J. (opp. II. p. 6. A.). — *A. Schultingii* enarratio partis primae Digestorum I, 1. § 16.

3) Cf. *A. Schulting.* l. l. § 15, 17.

4) *Cic.* Top. 2. « Jus civile est *aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt.* » — § 2 I *de J. N. G. et C.* « Jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus. » — L. 6. D. *de J. et J.* « Jus civile est, quod neque in totum a naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficimus. »

5) *Ernesti* el. Cic. v. *civilis*.

6) Velut in Rubr. Cod. *quando civilis actio criminalis praejudicet* IX, 31. — *Brisson.* de V. S. v. *civilis* § 2.

7) *Cic.* de legib. I, 5. in f. — L. 1. pr. D. *de adquir. rer. dominio.* (XLI, 1.) — § 2. I. *de patria pot.* I, 9. — Cf. loca not. 1. laudd.

8) L. 7. D. *de J. et J.* — Cf. § 1. I. *de obligationib.* — *Brisson.* v. *civilis* § 1, 10, 11, 12.

9) L. 2. § 5. 12. D. *de orig. juris.* (Cf. huj. libri p. 14. — *Hugo's* Rechtsgeschichte p. 440—443. ed. XI.) Hinc formula loquendi: *jure civili* receptum est, velut in L. 24. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV, 1.) — Cf. *Hugo* l. l. p. 466.

§ 31.

1) L. 1. § 3. D. *de J. et J.*

2) *Cic.* offic. I, 4. « Commune autem animantium omnium est conjunctionis appetitus, procreandi causa, et cura quaedam eorum, quae procreata sunt. » — *Id.* de finib. III, 19. « Neque vero haec inter se congruere possint, ut natura et procreari vellet, et diligi procreatos non curaret. Atque etiam in bestiis vis naturae inspici potest, quarum in foetu et in educatione laborem cum cernimus, naturae ipsius vocem videmur audire. » — L. un. § 5. C. *de rei uxor. act.* (VI, 13.) « — Cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur. » — Cf. L. 8. § 5. C. *de bonis quae liberis.* (VI, 61.)

3) L. 1. § 27. D. *de vi et vi armata.* (XLIII, 16.) « Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur. » — L. 3. D. *de J. et J.* — Cf. *L. Charondae* Verosimilium Lib. I. cap. 1. (in *Ottonis* thesauro I. p. 883.). — *Vinnius* in Comment. ad pr. Inst. de J. N. G. et C. No. 3. — *G. Noodt* Probabil. 1, 5. — *Corn. v. Bynkershoek* obser-

Romani etiam ad jura officiaque hominum pertinere arbitrati sunt, eatenus quidem quoad per rationem liceret. Quid? quod idem jus putarunt quodammodo esse commune omnium animantium [4]. *Jus* autem *gentium* est, quod et naturali ratione praecipiente (unde etiam jus naturale dicitur) [5], et usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae sibi constituerunt, quodque apud omnes populos, qui quidem moribus et legibus reguntur, peraeque custoditur [6]. De duobus autem reliquis latissime patet hoc gentium jus, cujus quippe duplex est ratio. Una convenientiae institutorum ejusmodi, quae apud omnes populos aut certe plerosque inveniuntur, quaeque communi quadam aut necessitatis aut utilitatis causa contineri Romanis visa sunt [7]. Altera est et aequitatis et honestatis [8]. Cujus utriusque praeceptis ita imbutum fuit jus civile Romanorum et propemodum impletum, ut, solemni quadam loquendi formula, incivile appellaretur, quod cum illis non conveniret [9]. Quocirca boni quidem civis officia tribus hisce praeceptis contineri JCti praedicarunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere [10]. Quibus consentanea sunt juris decreta, quae honestatis aequitatisque rationem in jure vel maxime esse spectandam jubent [11], pietatis officia, quatenus id omnino fieri poterit [12], esse servanda imperant [13], turpia inhonestaque non sinunt esse jurium vel quaerendorum vel impediendorum causas [14], bonam fidem in causis negotiisque esse tuendam praecipiunt [15], tum vero vetant iniquitates malitiasque [16]. Neque vero eo usque in hisce tuendis aequi bonique officiis progressi sunt Romani, ut vel ad

vatt. (V, 2.)—*C. Bucheri* Domitii Ulpiani quae in primum Digestorum librum migrarunt fragmenta (Erl. 1819. 8.) p. 5. not. 14.

4) a) L. 1. §4. D. *si quadrupes pauper. fecisse dicatur*. (IX, 1.)—Cf. *S. Zimmern* das System der Röm. Noxalklagen p. 85. — b) *Cic.* de rep. III. 11. — c) L. 14. § 1. D. *de ritu nuptiarum* XXIII, 2. « Serviles quoque cognationes in hoc jure observandae sunt.» —Cf. *Cujacius* ad h. l. in comment. ad L. 35. *Pauli* ad edict. (*L. Ann. Seneca* in Hippolyto Act. III, 913, 914. « Ferae quoque ipsae Veneris evitant nefas, generisque leges inscius servat pudor. »).—d) L. 32. D. *de reg. jur.* « Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur, non tamen et jure naturali; quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt.» —L. 12. § 4. D. *de accusat.* (XLVIII, 2.) «—sed cum natura est communis, similiter et in eos animadvertetur. »

5) § 1. et 11. I. *de rer. divis.* et al.

6) §12. *de J. N. G. et C.*— L. 1. § 4. D. *de J. et J.* — Vid. et not. 7. — *Welcker* Recht, Staat u. Strafe p. 501 sq. p. 515 sq.—*Ej.* Syst. d. Rechts-, Staats- u. Gesetzgebungslhere I. p. 123 — 142. — *Puchta* Gewohnheitsr. I. p. 39.—Cf. *Dirksen* in Rhein. Museum T. I. Fasc. I. nr. 1. et *Zimmern* R. G. § 13.

7) L. 5. D. *de J. et J.* — L. 4. *eod.* « Manumissiones quoque juris gentium sunt.» — *Gaji* instit. I. § 189. « Impuberes in tutela esse, *omnium civitatum jure contingit, quia naturali rationi conveniens est,* ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. »

8) *C. Th. Welcker* die letzen Gründe von Recht, Staat u. Strafe p. 450.—534.— Cf. infr. § 43.

9) *Brisson.* v. *incivilis, inciviliter.*—*Id.* v. *civilis* § 4.

10) L. 10. § 1. D. *de J. et J.*

11) L. 15 D. *de condit. instit.* (XXVIII, 7.)— L. 90. D. *de reg. jur.*

12) *Thibaut* Versuche Bd. II. Abh. IV. nr. III, 2. p. 160 sqq. (ed. 1.).—*Welcker* System, etc. p. 122. nr. b. c. d. e.

13) L. 2. D. *de J. et J.* « Velut erga Deum religio: ut parentibus et patriae pareamus. » — Vid. et a) L. 19. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII, 2.)—L. fin. C. *de dot. promiss.* (V, 11.)—L. 5. pr. § 1. 2. D. *de agnosc. et alend. lib.* (XXV, 3.)—b) L. 32. § 2. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)—L. 29. § 12. D. *eodem.*—c) § 2. in fin. I. *de donationibus.*—L. 10. C. *de revocandis donationibus.* (VIII, 56.) T. T. D. *de obseq. parent. et patr. praest.* (XXXVII, 15.)

14) L. 144. D. *de reg. jur.* « Non omne quod licet honestum est.» a) § 7. I. *de mandato.*—L. 7. §3. D. *de mandato.* (XVII, 1.)—L. 1. §2. L. 2. pr. D. *de cond. ob turp. caus.* XII, 5.)—L. 5. C. *eod.* (IV, 7.) — b) L. 8. pr. L. 14. 15. D. *de condit. et instit.* —L. 20. 22. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV, 1.)—L. 5. C. *de instit. et substit.* (VI, 25.) et al.—c) L. 61. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—L. 4. C. *de inutilib. stipul.* (VIII, 39.)

15) *Cic.* offic. (III, 17.) « Q. Scaevola fidei bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas continetur: in his magni esse judicis, statuere, quid quemque cuique praestare oporteret. » —L. 3. § 2. D. *pro socio.* (XVII, 2.)—L. 31. § 1. D. *depositi.* (XVI, 3.)

16) a) *Cic.* offic. I, 16. « Una ex re satis praecipitur, ut quidquid sine detrimento possit commodari, id tribuatur vel ignoto. Ex quo sunt illa communia: non prohibere aquam profluentem, pati, ab igne ignem capere» —etc.—L. 2. §. 5. D. *de aqua et aq. pluv. arc. act.* (XXXIX, 3.) «—quod factum mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturum est; *haec equitas suggerit, etsi jure deficiamus.* » —b) L. 38. D. *de rei vind.* (VI, 1.) » —neque malitiis indulgendum est. »

morum praecepta jus esse penitus conformandum arbitrarentur [17]), vel utilitatis securitatisque publicae rationem negligerent, quippe quae in jure civili quam maxime est servanda [18]). Quid? quod in praecipuis juris romani virtutibus merito habentur hacc: Primum, summa juris a majoribus constituti observantia, utpote a qua numquam juris nostri auctores practer necessitatem recesserunt, neque aliter, nisi illius aliquo relicto vestigio et quasi memoria. Deinde constantia illa ac stabilitas quaedam, qua usi sunt in eo jure, quod positione nititur, accommodate ad ejus naturam vel excolendo vel ad singulas quaestiones applicando [19]). Denique, certa ratio et via in constituendis actionum atque litium formis conspicua, quae nimirum, quantam pariat juribus ipsis securitatem, nemo est, quin sciat.

§ 32. B) *Juris objectivi altera divisio, e jurium constituendorum forma et ratione petita.*

Forma ac ratione quomodo jus constituatur spectata, itidem in duo genera jus dividitur. Aut enim ex scripto nascitur, aut ex non scripto [1]). Scriptum jus est, quod ex mera constituentium voluntate proficiscitur [2]). Juris autem non scripti nomen latissime patet, quippe ad omnes justi regulas referendum, quae, licet neque praescriptae sint neque cautae, tamen nos tenea nt. Quo genere cum alia multa, tum vero maxime ea juris praecepta continentur, quae consuetudine vel orta vel certe confirmata sunt.

§ 33. *Juris scripti genera summa.*

Sunt autem juris scripti duo summa genera: unum (quod quidem proprie ita dicitur) juris praecepta complectens, quae publica legislatoris sanctione constituta sunt; alterum ad eas jurium normas pertinens, quae privatorum voluntate, legibus quidem consentientibus, statuuntur (vocant Privat-Autonomie) [1]). Et illud quidem *juris publici* nomine appellari solet [2]), tum praesertim, cum ad reipublicae causam, sive proxime ac recte, sive oblique spectat [3]). Itemque varie accipitur [4]). Alias enim idem est ac commune jus [5]), alias simpliciter opponitur

17) L. 17 § 3. D. *commodati.* (XIII, 6.)—L. 12. § 3. D. *de administr. et per. tut.* (XXVI, 7.). *Thibaut* Vers. I. p. 229 sq. (ed. 1.).—*Welcker* Recht, Staat und Strafe p. 439 sqq.

18) Exemplum vide in L. 31. pr. D. *depos.* (XVI, 3.)—Cf. L. 16. § 4. D. *de minorib.* (IV, 4.).

19) *Auctoris* Beurtheilung des Städelschen Burbungsfalls. p. 16 — 30.

§ 32.

1) L. 6. § 1. D. *de J. et J.* — § 3. 10. I. *de J. N. G. et C.*

2) Vid. *Cic.* orator. partitiooes c. 37. (§ seq. not. 1.). Caeter. cf. *Puchta* Gewohnheitsr. p. 61 sq. et *J. C. Kalt* observationes de jure noo scripto, ioter cives subditos secuodum rei naturam vigeute (Hafn. 1828. 8.) p. 53 sqq.

§ 33.

1) *Cic.* orat. partitiones c. 37. « Scriptorum autem privatum aliud est, publicom aliud. Publicum, lex, senatuseoosultum, foedus. Privatum, *tabulae, pactum conventum, stipulatio.* »

2) L. 116. § 1. D. *de reg. jur.* — (*J. Gothofred.* in commeot. ad h. l. opp. ed. *Trotz.* p. 1039 sq.) — L. 8. D. *de tutelis.* (XXVI, 1.) — L. 36. § 1. D. *de excusationib.* (XXVII, 1.) L. 18. § 1. D. *de damno infecto.* (XXXIX, 2.)—(*Cujac.* ad h. l. io comment. ad *Pauli* Lib. 48. ad ed.)—L. 2. C. *si minor se majorem dixerit.* (II, 43.)—L. 3. C. *quib. ex causis majores i. i. r.* II, 54.

3) § 4. I. *de just. et jure.*—L. 1. § 2. D. *eod.*—Cf. L. 2. D. *de jure dotium* (XXIII, 3.), et *G. C. Burchardi* Gruodzüge d. Rechtssystems der Römer aus ihreo Begriffeo voo oeffeotl. u. Privatr. eotwickelt. Bono. 1822. 8.

4) Cf. *Ulr. Huberi* Digression. Justin. P. II. Lib. I. c. XXI. § 3 — 6.

5) Juri siogulari oppositum. L. 7. § 6. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.).—L. 2. C. *ne uxor pro marito* (IV, 12.).

privatorum arbitrio [6]), alias ad legem publicam refertur ejusmodi, quam ad immutandam nihil valet privatorum auctoritas [7]).

§ 34. *Species juris scripti, ut proprie dicitur.*

Legem publicam proprie quidem eam intelligimus, quae publice proposita ac promulgata est. Ex quo autem Romae invaluerat, ut quod principi placuerit legis haberet vigorem [1]), duae distinguendae erant summae legum species. Una constitutionum s. legum edictalium, quae cum publice, tum cum in finem propositae sunt, ut juris norma certa ac stabilis efficeretur [2]). Altera eas imperatorum constitutiones complectitur, quae ad singulorum vel officia vel causas proprie pertinent, ut mandata, decreta, rescripta [3]). Mandata sunt, quae provinciarum aliisve magistratibus, vel provinciam capessentibus, vel extra ordinem a principe dabantur, quibus praecepta de muneris eorum officiique ratione continebantur [4]). Decreta sunt principis utpote summi judicis jussa, quae quidem controversiis in principis auditorio [5]) agitatis, ad privatorum causas vel constituendas vel finiendas spectabant [6]). Rescriptis seu rescriptionibus [7]) princeps respondebat vel ad privatorum tum etiam civitatum libellos et desideria, vel ad praesidum provincialium judicumque consultationes et relationes. Est autem triplex rescriptorum species: una epistolarum, quae ad magistratuum consultationes emittebantur [8]); altera sanctionum pragmaticarum, quod quidem nomen iis videtur inditum fuisse rescriptis, quae solemni ac publica quadam juris forma nuntiari solebant [9]);

6) L. 29. D. *de testamentaria tutela.* (XXVI, 2.) —L. 77. in f. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 12. D. *ut legator. seu fideic. serv. causa caveatur.* (XXXVI, 3.)

7) L. 38. D. *de pactis.* (II, 14.) « Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. » — (L. 2. § 8. D. *de administr. rer. ad civit. pertin.* — L. 8. L. 27. D. *de reg. jur.*) — L. 12. § 1. D. *de pact. dotalib.* (« Ex pactis — alia ad voluntatem pertinent, — — alia ad jus — »). — L. 5. § 7. D. *de adm. et peric. tut.* (XXVI, 7.) — L. 1. § 9. D. *de magistr. conveniend.* (XXVII, 8.) — L. 30. § 3. D. *de excusat.* (XXVII, 1.) — L. 3. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) « Testamenti factio *non privati, sed publici juris est.* (L. 13. C. *de test.* VI, 23.) L. 15. § 1. D. *ad legem Falcid.* (XXXV, 2.) — L. 42. D. *de oper. libertor.* (XXXVIII, 1.) — *Savigny* Gesch. d. R.R. im Mittelalter I. p. 129 sq. — *Burchardi* l. l. p. 12 sq.

§ 34.

1) L. 1. pr. et § 1. D. *de constit. princip.* (I, 4.)

2) Veniunt etiam generalium epistularum nomine. L. 1. § 2. D. *de fugitivis.* (XI, 4.) — Cf. *Zimmern.* R. G. I. § 42. p. 143. n. 17. — De legum edictalium publicandarum forma atque ratione v. *Brisson.* de formulis III. 71 — 74. 76 — 77. — L. 8. C. *de legibus.* (I, 14.)

3) Cf. § 4. not. 7 — 10.

4) *Jac. Cujacius* in exposit. Nov. XVII. — *Jac. Gothofredus* ad Tit. Cod. Theodos. *de mandat. principum* I, 5. Quae quidem mandata cave cum iis confundas, quibus praesides aliive magistratus negotium aliquod, ad officium ipsorum pertinens, velut jurisdictionem, alteri demandabant exercendum. Tit. Dig. *de officio ejus, cui mandata est jurisdictio.* (I, 21.) - Differunt etiam mandata ab epistalmatibus, quippe quae in causis negotiisque ad ipsos pertinentibus Romani principes emitterent. — L. 3. in med. C. *de quadriennii praescriptione.* (VII, 37.) — *J. H. Böhmeri* D. de jure epistalmatis. Hal. 1735. 4. (cap. I. Nro. VIII.)

5) *Brisson.* v. *auditorium.* — *C. G. Haubold* de consistorio principum (Spec. I. II. Lips. 1788 — 1789. 4.) cap. 1. § 1. c. II. § 6. c. III. — *Zimmern* der röm. Civilprozess in geschichtl. Entwickelung (Heidelb. 1819.) § 7. et 21. — Cf. L. 38. D. *de minorib.* (IV, 4.) — L. 3. D. *de his quae in testam. delentur* (XXVIII, 4.) — Inscr. leg. ult. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.). leg. ult. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.), leg. ult. D. *ad SCt. Trebell.* (XXXVI, 1.), leg. ult. D. *de jure patronatus.* (XXXVII, 14.) (*Paulus* imperialium sententiarum in cognitionib. prolatarum ex libris sex primo s. Decretor. secundo. — Cf. *Cujacii* observ. II. 26. — *Schulting* Jurisprudentia ante-Justin. p. 212.

6) *Theophilus* ad § 6. I. *de J. N. G. et C.* (No. 44. 45. ed. *Reitz.*)

7) L. 8. 9. D. *de offic. praesid.* (I. 18.)

8) *Theophilus* ad § 6. *de J. N. G. et C.* (No. 42 — 43.)

9) C. Haec, quae necessario *de novo Cod. faciendo* § 1. — L. 7. pr. C. *de diversis rescript.* (I, 23.) — Cf. L. 10. C. *de sacrosanctis ecclesiis.* (I, 2.) — L. 12. C. *de vectigalib. et commissis.* (IV, 61.) — L. 2. C. *de petitionib. bon. sublat.* (X, 12.) — Neque vero rescripta haecce pragmatica ad solas corporum collegiorumque causas restricta fuerunt, quod quidem vulgo credunt, verum singulis quoque hominibus (vide infra not. 11.), velut magistratibus nonnunquam impertita sunt, ut manifesto evincunt haec verba (C. *summa* de Just. Cod. confirm. § 4.): « Si quae vero pragmaticae sanctiones — civitatibus forte, vel corporibus, vel scholis, vel scriniis, vel officiis, *vel alicui personae impertitae sunt.* » — Cf. *Zimmern* R. G. I. p. 142. not. 7.

tertia est adnotationum [10]), quae quidem ad privatorum libellos scribebantur [11]).

§ 35. *Speciatim de rescriptis.*

At non modo decretis, verum etiam rescriptis imperatores de causis litibusque privatorum judicarunt. Idque duplici potissimum fiebat modo. Nam vel ad judicum relationes [1]) lites decidebant, vel partibus ipsis quaerentibus, inaudita altera parte, jus suggerebant. Mos enim subinde usu invaluerat, ut in omnibus, quaecunque a magistratibus, penes quos erat jurisdictio, peragenda essent, ipsi plerumque imperatores adirentur. Qui quidem aut dabant aut denegabant actiones exceptionesve, itemque de jure pronuntiabant, quod causis ad se allatis conveniret, tum etiam ad magistratus judicesve, principalium rescriptorum velut administros atque exsecutores [2]), supplicantes remittebant [3]). Quid? quod convelli se non passuros esse ejusmodi rescripta, quae litium dirimendarum causa propondituri essent, edixerunt [4]). Variis quidem modis ipsi imperatores nimiam rescribendi licentiam cohibuerunt, velut hisce praeceptis: ut auctoritate carerent rescripta juri contraria, ut lite pendente nulli liceret, imperatori supplicare, et quae sunt generis ejusdem [5]). Verumtamen improbanda utique erunt istiusmodi rescripta, quae quantopere perturbent atque misceant judiciorum ipsiusque juris ordinem ac rationem, nemo est, quin intelligat. At a nostris quidem moribus omnino abhorret ista imperatorum Romanorum ratio, rescriptis ordinandi lites atque definiendi. Unde sua sponte apparet, nullum esse eorum, quae quidem proxime ad hanc rescribendi rationem pertinent, apud nos usum atque auctoritatem. Sed hodieque tum de jure dubio rescribi solet, tum etiam rescripta emittuntur ejusmodi, quae ad privatorum causas controversas spectant, velut informatoria, promotorialia, avocatoria, quae vocant. Hinc inter rescripta *justitiae* et *gratiae* distinguitur [6]). Cujusmodi autem sint rescripta, ut valeant necesse est:

10) Vid. c. 1. Th. C. *de div. rescr.* ex edit. *Wenckii* ibiq. not. 9.

11) Certe noluit Zeno, pragmaticas sanctiones « ad singulorum preces super privatis negotiis proferri. » L. 7. § 1. C. *de divers. rescr.*

§ 35.

1) L. 6. § 2. D. *de offic. Procons.* (I, 16.)—L. 1. § 1. 2. D. *de appellat.* (XLIX, 1.)—L. 3. D. *quando appellandum sit.* (XLIX, 4.)—Theod. Cod. *de relationibus.* (XI, 29.)—Cod. Just. *de relationibus.* (VII, 61.)—Nov. 82. c. 13. 14. Nov. 113. (Dat. 10. Kal. Dec. 541.)—Sustulit Justinianus judicum consultationes Nov. 125., quae subscribi solet: *Id. Octobr.* 541. Sed vid. *Biener* Gesch. der Novellen Justinians p. 524.—*A. Schulting* D. pro rescriptis § 4. — Cf. *Brissonius* de formulis III, 43 — 44.

2) L. 5. Th. C. *de divers. rescr.* « Multabuntur judices, qui rescripta contemserint, aut distulerint. »

3) Ejusmodi rescriptorum exempla ubivis occurrunt in Justinianeo Codice. Vid. etiam L. 1. § 3. D. *de appellat.* (XLIX, 1.)—L. 1. C. *quando libellus principi datus litis contestationem faciat.* (I., 20.)—L. 4. Th. C. *de divers. rescript.* (I, 2.) « Etsi non cognitio, sed executio mandatur, de veritate precum inquiri oportet, ut, si fraus intervenerit, de omni negotio cognoscatur. » Ad quem locum vid. *J. Gothofredus* ad h. l.—Cf. L. 4. C. Just. *si contra jus*, etc. — Cf. *Brissonius* de formulis III, 25, 27, 28, 39, 41, et *Auctoris* Lehre von der Cession d. Forderungsrechte p. 161 sqq. (ed. 2.).

4) L. 3. Th. C. *de divers. rescript.* « Quoties rescripto nostro praejudicium, vel moratoria praescriptio remittitur, aditus supplicanti pandatur » (i. e. adversarius ut id rescriptum convellatur, petere potest): « quod autem totius negotii cognitionem tollit, et vires principalis negotii exhaurit, sine gravi partis alterius dispendio convelli non potest. Nec praescriptionis igitur peremtoriae relaxatio petatur, nec contra edictum supplicetur. » (L. 2. J. C. *de precibus imperatori offerendis.* (I, 19.)—Cf. inprimis *J. Gothofredum* ad h. C. Th. l. et vid. L. 4. Th. C. *h. t.* (not. 3.).

5) L. 3. 7. C. *de precib. imp. offer.* (I. 19.) — L. 5. 6. C. *si contra jus, vel utilitatem publicam, vel per mendacium, fuerit aliquid postulatum, vel impetratum.* (I, 22.) T. T. C. *ut lite pendente, vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare.* (I, 21.)—L. 2. *h. t.*—Cf. L. 6. Theod. C. *de appellat.* (XI, 30.) — Nov. 113.

6) De qua quidem differentia non una est doctorum sententia.—Cf. *Hofacker* principia juris civ. Rom. Germ. I. § 112.—*Glück* Comment. ad *Hellfeldii* jurisprud. forens. I. p. 531. (ed. 2.). — *A. D. Weber* in opere posthumo: Erläut. der Pand. nach *Hellfeld* I. (Leipz. 1820. 8.) ad § 96. p. 42.

est: (1) Princeps, vel ejus mandatu magister libellorumiis subscribat[7]), tumetiam dies et consul adjiciatur [8]). (2) Ut ne sint utilitati publicae contraria, vel contra jus elicita, « nisi forte sit aliquid, quod non laedat alium, et prosit petenti, vel crimen supplicantibus indulgeat» [9]). (3) Ut preces veritate nitantur [10]). Contra rescriptum per subreptionem elicitum *praescriptio mendaciorum* (vocant vulgo exceptionem sub-et obreptionis) comparata est cuilibet, cujus interest, non esse impetratum rescriptum [11]); quam quidem is probet necesse est, qui oppugnantis partes sustinet, sive agendo, sive excipiendo jus suum tueatur, modo ne legitima rescriptorum forma desideretur [12]). Caeteroquin ea quidem rescripta, quae, ut effectum capiant, judicis cognitione auxiliove indigent, ex eo demum tempore vim obtinebunt, quo judex partes suas rite impertire coeperit [13]); reliqua vero omnia a legitimae scriptionis die valere incipiunt [14]).

§ 36. *Constitutiones speciales, quatenus pro jure ac legibus habendae sint?*

Mandata itemque decreta et rescripta jus constituunt in commune valiturum, quatenus id quidem ipsorum natura patitur. Atque mandatis proxime quidem obligantur magistratus, ad quos data sunt. Verumtamen obediant iis obtemperentque homines quoque oportet, quorum negotiis causisque dirigendis mandata inserviunt, modo ut is, qui principis mandatis se venisse adserat, scriptis hoc probaverit [1]). Neque illud nos praetereat, quod mandatorum quadam conspiratione multa eaque gravissimaque juris Romani capita vel primum constituta, vel in assiduam jurisdictionem conversa sunt [2]). Imperatorum autem decreta nec non rescripta quod attinet, ea itidem legis vim obtinuisse, non est, quod dubitemus, iis tamen exceptis, quae vel ad facti quaestiones, vel ad meras interlocutiones [3]), vel ad constitutionum personalium genus pertinerent. « Nam

7) L. 6. C. *de divers. rescr.*—L. 12. pr. D. *de distr. pignor.* (XX, 5.) —*J. O. Westenberg* D. ad const. M. Aurel. Anton. (Lugd. Bat. 1736. 4. — In Opp. T. III.) D. II. c. 2. § 5 sqq. — Nov. 114. c. 1. et Auth. *gloriosissim.* C. *de div. rescr.* (I, 23.) — Cf. *Auctoris* Beurtheil. des Städelschen Beerbungsfalls (Halle 1828.) p. 215 — 225.

8) L. 4. D. *de divers. rescr.*—Cf. L. 1. Th. C. *de constit. principum et edict.* (I, 1.) « Si qua posthac edicta sive constitutiones sine die et consule fuerint deprehensa, auctoritate careant. »

9) L. 7. C. *de precib. imp. offer.* Cf. not. 5.

10) L. 5. C. *si contra jus vel utilitat. public.* (I, 22.) — C. 19. X. *de rescriptis.* (I, 3.) —L. 7. C. *de divers. rescript.* —C. 2. X. *de rescript.* verb.: « quoniam —‘— in hujusmodi litteris intelligenda est haec conditio, etiamsi non apponatur: *si preces veritate nitantur.* »

11) L. 2. C. *si contra jus utilitatem public.* — L. 2. C. *de legib.*

12) L. 2. C. *de dilationib.* (III, 11.) (C. Th. L. 1. *eodem ad probanda.*)—*C. O. Graebe* Disq. de except. sub-et obreptionis earumque probatione. Rintel 1788. 4, et *Glück* Pand. I. p. 546. n. 3. —Diss. *J. H. Boehmer* in jure ecclesiast. Protest. I. Tit. III. § 11.—Cf. Rec. imp. noviss. (a. 1654.) § 80. « Ob aber dem Impetranten bei Decision der ganzen Sache, seine narrata gleich anfangs zu verificiren, oder aber dem impetrato sive reo seine eingewendeten exceptiones sub-et obreptionis zu beweisen obliege? das lassen wir alles zu Ermessigung und Befindung des Richters, welcher nach gestaltsamer und Gelegenheit der Sachen, auch deren Vmbständt, daraus Er sich informiren muss, ob nemblich dem Kläger oder dem Beklagten das onus probandi vffzubinden seye, nach Bescheidenheit der Rechten zu vrtheilen hat, anheimb gestellt seyn. »

13) L. 3. C. *de temporib. in integr. restitut.* (II, 53.)— Dissentiunt quot novi omnes, quippe qui parum sedulo hunc locum interpretati sint. Caeteroquin de rescriptorum intimatione seu insinuatione in primis cf. L. 3. C. *de divers. rescript.* —L. 2. C. *de dilat.* (III, 11.) L. 5. C. *de emancipat.* (VIII, 49.) « — supplicationibus porrectis mereri super hoc divinum oraculum, hocque *apud competentem judicem, ad cujus jurisdictionem actus emancipationis pertinent, insinuare.* » — Cf. c. 59. X. *de appellat.* (II, 28.)

14) c. 7. 19. X. *de rescr.* c. 9. 14. *eodem* in 6to. (I, 3.)

§ 36.

1) L. 1. C. *de mandatis.* (I, 15.)—Cf. tamen L. 2. *eodem*, quam ex Basilicis restituit *J. Cujacius* obs. (XII, 31.)

2) Vid. *Brissonius* de formulis. (III, 84.)—Add. L. 1. pr. D. *de testam. milit.* (XXIX, 1.)

3) i. e. judicis decreta, quae in medio exordiove litis, non perimendae controversiae causa proponuntur. — L. 9. in f. C. *de sentent. et interlocut.* (VII, 45.) Interdum etiam significat vocabulum: *interloqui*: non observatis juris solemnibus causam controversam decidere. —L. 1. § 1. *de const. princip.* (ad quem locum cf. *M. Ant. Mureti* comment. de constit. princip. in *Ottonis* thesaur. IV. p. 204, 205.).—L. 38. D. *de fideic. libertat.* (XL, 5.)

quae princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur » [4]). Neque vero hanc differentiam, utpote quam ipsa rerum natura constituit, tollere Justinianus aut voluit aut potuit [5]), nec quidquam ad imminuendam illam, quam fuisse diximus, decretorum rescriptorumve auctoritatem excogitatum est a Theodosio et Valentiniano impp. [6]). Hi enim in id solummodo animum intenderant, tum ut constitutiones personales non esse ad exemplum trahendas, denuo et cum poenarum sanctione praeciperent [7]), tum statuerent, ut quomodocunque imperatores voluntatem suam declarassent, constitutiones a se emissas esse observandas, id utique ratum haberetur [8]). Neque tamen, quod supra censuimus, omni odio esse dignum istud imperatorum in litibus decidendis arbitrium, idem in hanc quoque, de qua quaeritur, imperialium decisionum auctoritatem, convertendum esse arbitramur. Tantum enim abest, ut haec rerum judicatarum auctoritas justitiae aequitatisque rationi adversetur atque officiat, ut nihil sit aptius ad eam tuendam, quam sequi in rebus incertis et ambiguis eorum interpretationes decretave, penes quos est aut summum in republica omnium rerum arbitrium, aut jurisdictio summa [9]). Quam quidem rerum a supremis curiis judicatarum auctoritatem hodieque ubivis terrarum observari videmus [10]).

§ 37. *Species juris non scripti.* A) *Jus consuetudine s. moribus constitutum* (*).

Consuetudinis vocabulum vel ad singulorum hominum morem rerumque usum refertur [1]), vel ad jus illud, quod usus ac consuetudo inter homines constituit [2]). Quo quidem jure nihil neque aptius ad hominum actiones dirigendas, neque potentius est ad jubendum vetandumque [3]). Sunt autem tres juris consuetudi-

4) Cf. L. 1. § 2. D. *de constit. princip.* (1, 4) — L. 2. C. *de legib.* — Vid. *Zepernick* ad Siccama de jud. centumvir. p. 384 sqq. — Vid. *Loehr* Uebersicht der Constitut. von Theod. II. bis auf Justinian p. 17. not. 2.

5) L. 12. C. *de legib.* « Quamquam enim olim jam *Gajus* censuerat : nunquam esse dubitatum, quin principis et decreta et epistolae legis vicem obtinerent (Inst. 1, 5.), tamen non modo saepissime JCti ab imperialibus decretis recedere conati sunt (v. supra § 4. not. 6. in f. add. *A. Schulting* D. pro rescriptis 3. 4. in m.), verum etiam auctoritatem istam a nonnullis in dubitationem esse vocatam, cum ex verbis modo allatis manifesto apparet, tum ex iis, quae in calce adjicit imperator : « Explosis itaque, » inquiens, « his ridiculosis ambiguitatibus, tam conditor, quam interpres legum solus imperator juste existimabitur : nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus : quia et eis hoc majestas imperialis permisit. » — Caeter. cum his cfr. quae de varia rescriptorum auctoritate protulit *C. J. Guyet* Abhandl. aus dem Civilr. (Heidelb. 1829.) Nr. IV.

6) L. 2 et 3. *C. de legib.* — Dissent. *Glück* Pand. I. § 96. p. 534—537. (ed. 2.) — *J. C. Kall* de jure non scripto, etc. p. 126—133.

7) L. 2. C. *de legibus.*

8) L. 3. C. *de legibus.*

9) *Schulting* l. l. § 7.

10) Noli vero commiscere cum ista rerum judicatarum auctoritate jus condendi decreta communia (*gemeine Bescheide*), quod summis in Germaniae terris tribunalibus concessum esse solet. — Cf. *T. J. Reinharth* select. observat. ad P. Christinaei decision. (Erf. 1733. f.) Vol I. obs. 4.

§ 37.

(*) *Ger. von dem Busch* D. de consuetudine, unde et quando vim legis obtineat. Goett. 1752. 4. — (*C. G. Hubner*) Berichtt. und Zusätze zu d. Institutionen d. röm Rechts, als Anhang zu *Hoepfner's* Commentar (Leipz. 1801.) p. 151 — 171. — *F. Schoemann* Handb. d. Civilrechts Bd. I. (Giess. 1806.) Nr. II. p. 28 — 64. — *K. H. L. Volkmar* Beyträge zur Theorie des Gewohnheitsrechts (Braunschw. 1806.). — *Hugo* die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten (civil. Magaz. IV. p. 89 — 134.). — *C. C. W. Kloetzer* Versuch eines Beytrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht (Jen. 1813.). — *F. Gesterding* Beysteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht (Archiv für civilist. Praxis Bd. IV. Nr. 18. p. 259—288.). — *J. C. Lange* Versuch einer Begründungslehre des Rechts (Erl. 1821. 8.) § 15—18. — *G. F. Puchta* das Gewohnheitsrecht Th. I. Erl. 1808. 8. [Cf. *Unterholzner* in d. krit. Zeitschr. für R. W. T. V. (Stuttg. 1829.) — p. 327 sqq.]

1) L. 50. in f. D. *de legat.* I. (« Si numerus nummorum legatus sit, neque apparet quales sint legati, ante omnia ipsius *patris familias consuetudo* — exquirenda est. ») — L. 21. § 1. in f. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — L. 1. § 23. D. *de aqua et aquae pluv. arc.* (XXXIX, 3.)

2) Vocant hanc *objectivam* consuetudinem, illam subjectivam. — Cf. *Volkmar* l. l. § 2 — 7.

3) *Fr. Connani* commentar. jur. civ. Lib. I. c. (10. Nr. 1. 2.) — *Spittlers* Geschichte des can. Rechts bis auf die Zeiten des falschen Isidor. p. 117. sqq. — *v. Savigny* in d. Zeitschr. für geschichtl. R. W. III. p. 19.

narii classes distinguendae. Una, quae consuetudines certarum regionum, sive provinciarum, sive locorum amplectitur. Quae quidem consuetudines angustissimis plerumque singulorum locorum finibus continentur [4]); secus atque in veteri Roma, ubi quod moribus comprobatum fuit, legis instar in toto orbe Romano, si quidem aliae normae deerant, obtinebat [5]), ac praeterea tum prudentum auctoritate confirmabatur [6]), tum vero maxime praetorum edictis omnibus ad cognoscendum publice proponebatur [7]). — Altera classis, quae ambitu nonnumquam latissime patet, ad eas referenda est consuetudines, quae certorum ordinum propriae sunt, velut mercatorum [8]). Tertium genus ad personarum publicarum collegiorumque consuetudines pertinet, quibus observantiarum nomen tribui solet (§ 40). Atque exordio quidem rerum, cum hominum inter ipsos societates iniri regnaque condi coepissent, moribus omnia agebantur [9]). Ex quo autem legum scriptarum magis magisque invaluit auctoritas, juris consuetudinarii pedetentim minui, itemque quid valeat consuetudo, quaeque nitatur ratione, anquiri coepit [10]). Quod quidem, ubi rationem de jure consuetudinario hodie obtinentem consideramus, nunquam oblivioni penitus est tradendum [11]).

§. 38. *Consuetudinarii juris ratio et argumentum.*

Jus consuetudine constitutum dicitur, quod inveteratus usus et velut tacita omnium conventio sine lege comprobavit [1]). Igitur 1) primum omnium jus, de

in f. p. 20.; et in *Ejusd.* commentat. vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. R. W. (ed. 2. Heidelb. 1828.) p. 173. — *W. H. Puchta* das Institut der Schiedsrichter (Erl. 1823.) p. 19. sq. not. *. — *Puchta* Gew. R. p. 228 sqq. (nr. 5.). (vid. et L. 36 D. *de legibus SCtis et longa consuetudine.* « Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum comprobatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere. ») Aliter quidem plerisque visum est, quippe qui juris omnem auctoritatem in mera legislatoris voluntate positam esse putarent. — (Cf. *Schoemann* l. c. p. 43. — *Volkmar* l. c. § 8. — *Kloetzer* § 9.) Quid? quod fuere, qui « de praestantia juris scripti prae jure consuetudinario » acriter disputarent, velut *Buschius* l. l. § 41.

4) Unde et saepissime moris s. consuetudinis in regione aliqua obtinentis mentio fit, velut in L. 4. D. *de feriis*. (II, 12.) — L. 6. § 1. in f. D. *quod cujusq. univ. nomine*. (III, 4.) — L. 71. in f. D. *de contrah. emt.* (XVIII, 1.) — L. 3. § 6. D. *de testib.* (XXII, 5.) — L. 1. § 15. D. *de ventre inspic.* (XXV, 4.) — L. 32. § 6. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — L. 34. D. *de regul. per.* — L. 3. C. *de aedific. privat.* (VIII, 10.) — Cf. *Puchta* Gewohnheitsr. p. 74 sqq. p. 220. p. 224 sqq.). Quam quidem rationem justo latius prosecutus est *Hufeland* Diatr. Giebt es allgemeine Gewohnheiten im jurist. Sinne? in *Ej.* Beyträgen zur Bericht. u. Erweiterung der posit. Rechtswissensch. St. I. (Jen. 1792.) Nr. 1. — Vid. *Eichhorn* deutsches Privatr. § 26.

5) L. 32. pr. D. *de legibus.*

6) *Zimmern* Rechtsgesch. § 15. — Cf. *Hugo* R. G. p. 424 — 427. not. 2. ed. X.

7) *Savigny* vom Beruf. u. s. w. (ed. 2.) p. 17. — *Puchta* l. l. p. 40 sq. p. 44. p. 59.

8) *Unterholzner* l. l. p. 374. not. 2. — Cf. *J. G. Busch* über Handlungsusanzen (Handlungsbibliothek, herausgeg. von *Busch* und *Ebeling*, Bd. I. Hamb. 1785. p. 241 — 271. et p. 660 — 681). — *Seuffert* in archiv für civ. Praxis. T. XI. Diss. XVI. n. 1. p. 357 sqq.

9) *Cic.* de invent. II, 53. « Ejus (justitiae) initium est a natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res, et a natura profectas et a consuetudine probatas legum metus et religio sanxit. » — *Id.* ibid. II, 22. — *v. Savigny* vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und R. W. p. 8 — 15.

10) Cf. *Puchta* l. l. p. 91 sq. (Cap. VIII.) et p. 172 — 179. — *Welcker* System, etc. I. p. 138 sq. (not. 24ª.).

11) *Unterholzner* l. l. p. 379. — Cf. § seq. not. 11.

§ 38.

1) *Cic.* de invent. II, 2. « Consuetudinis autem jus esse putatur id, *quod voluntate omnium* sine lege vetustas comprobavit. » — *Ibid.* 54. « — quod in morem vetustas, vulgi *approbatione* perduxit. » — *Ulp.* Fr. I. § 4. « Mores sunt *tacitus consensus populi* longa consuetudine inveteratus. » — § 9. I. *de J. N. G. et C.* « Diuturni mores, *consensu utentium comprobati.* » — L. 32. in f. D. *de legib.* « — *tacito consensu omnium.* » — L. 35 *eod.* « — quae longa consuetudine comprobata sunt, — *velut tacita civium conventio*, non minus quam ea quae scripta sunt jura, servantur. » — Et vix est quod admoneatur, loquendi formulas: *voluntas populi*, *consensus populi*, *tacita civium conventio*, similesque, non esse pressius intelligendas, verum cum emphasi quadam in usum adhibitas, ut, e sensu vulgari morumque velut concentu consuetudinis jus

quo quaeritur, in consuetudinem vere venisse, sive vulgari sententia adprobatum esse, constet necesse est (not. 1.). Quod quidem fieri nequit nisi de actionum, unde probanda sit consuetudo [2], et similitudine doceatur [3], et frequentia [4], et inveterato usu [5] eoque plane atque aperto [6]; praeterea observatio appareat non varia ac fluctuans [7], neque ab usu jam diu intermissa [8]. Et II) quoniam moribus tribui nequeunt, quae temere atque inconsulte fiunt, neque officiorum perfectorum numerus augeri inde potest, quod quis arbitraria ratione egit, sequitur, ut a certa opinione et recti conscientia profecta sint [8a], quae ad jus constituendum valeant [9]). Nec magis III) juris vim nanciscuntur, quae bonis moribus et naturali rationi contraria sunt [10]). Quid? quod IV) legibus etiam prohibentur consuetudines, quae abhorrent a publico jure, quod

esse ducendum, apertius significaretor. (Cf. *Puchta* Gew. R. p. 79, 99, 149. not. 3.—*Unterholzner* l. l. p. 373 sq. nr. 1.) Nec igitur est, cur ad autinomiae genus referamus consuetudinarium jus (*Puchta* p. 159 sq. p. 207 sq.); qnod qui faciunt, si sibi constare velint, nec liberius utantur aotinomiae vocabulo, nullam esse hujus juris in commune obligandi vim statuaot necesse est. Vid caeteroquin *Welcker* System, etc. I. p. 167 sqq. (in not. Nr. II.).

2) Vocant *actus consuetudinis introductivos*. Quo in nomine offenduot *Puchta* (Gew.R. p. 83, 92, 109, 170—179.) et *Welcker* (System, etc. I. p. 139. not. 24*a*. in f.), quippe qui non tam juris introducendi causam, quam juris introducti argomeotum hisce actibus contineri cum *Hofackero* (princip. jur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 123. uot. h.) censeant. (Cf. et *Kall* observ. de jure non scripto, etc. p. 273. post med. et seq.) Vid. tamen verissimam *Unterhoszneri* observatiooem l. l. p. 376 sq. (nr. 6.)

3) L. 1. C. *quae sit longa consuetudo* (VIII, 53.) « quae — *in eodem cuntroversiarum genere* servata sunt. » — L. 3. C. *de aedific. privat.* (VIII, 10.)—*Thibaut* Pand. §. 19. in f. et ibi oot. g.

4) L. 1. C. *quae sit longa consuet.* « — quae in oppido *frequenter* servata sunt. » — Cf. et not. seq.

5) L. 32. D. §. 1. *de legib.* « *inveterata* consuetudo. » — L. 33. *eod.* « *diuturna* coosuetudo. » —L. 35. *eod.* « quae *longa* consuetudine comprobata sunt ac *per annos plurimos observata.* » —L. 38. *eod.* « rerum *perpetuo similiter judicatarum* auctoritas. » —L. 2. C. *h. t.* « — *usus longaevus.* » —L. 3. C. *h. t.* « *antiquitus probata et servata tenaciter* consuetudo. » —L. 3. pr. C. *de privileg. scholar.* (XII, 30) » —consuetudo *vetustissima et jugiter observata.* » — De numero autem, tum etiam de tempore, com nihil certi definiri possit, judicis prudentis arbitrio relinquendum erit, statuere, an toties tantoque temporis spatio idem in agendo observatum sit, ut certa inde perpetua ac constans actionum regula erui possit.—Vid. *Connanus* l. l. Nr. 5. 6. — *H. Donellus* Commentarii jur civil. l. c. 10. § 2, 5. — *Noodt* ad Tit. Dig. de legib. (opp. T. II.) p. 13. A. — *Volkmar* § 37. — Cf. *Thibaut* Pandektenrecht § 18. — Nec obstant, quae in jure canonico de « *consuetudine legitime praescripta* » leguntur (c. 1. X. *h. t.* (I, 4.) c. 50. X. *de elect.* (I 6.) c. 3. *h. t.* in 6. (I, 4.) c. 9. *de officio ordinario* in 6.)—Cf. c. 10. X. *de testament.* (III. 26.) — Cf. *Kloetzer* p. 116 sqq.— Dissent. *Dabelow* üb. die Verjährung II. § 130 — 134. —Caeterum praescriptio quomodo differat a consuetudine post alios exposuit *Kloetzer*, p. 301 — 310.

6) *Glück* Einleit. in das Stud. des Röm. Privatrechts § 6. N. I. 5. (p. 39. sq.). — *Kloetzer* § 35. —*Kall* l. l. p. 271 sq. (Nr. V.).

7) *Volkmar* l. l. § 43. — *Kloetzer* § 34.

8) *Volkmar* l. l. § 41.

8*a*) « Opinione necessitatis, » ut vulgo dicoot.

9) *Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. § 123. I. —*Glück* ad *Hellfeld*. T. I. § 86. Nr. IV.—*Gesterding* l. l. p. 263 sqq. — *Kall* l. l. p. 260 — 262. (nr. II.) — *Hübner* l. l. p. 164 — 169. (nr. 8.) — *Puchta* p. 101 sq. — Atque hoc sensu esse accipiendum *Celsi* locum (L. 39. D. *de legib.*), haud absque veri specie post alios (v. *Smallenburg* not. ad Dig. T. I. p. 107 sq. ad L. 39.) affirmant *Hubner*, *Gesterding*, *Puchta* loc. laudd. Caeter. vid. not. seq.

10) L. 39. D. *de legib.* — (*Basilicor.* Libr. II. Tit. I. Fr. 47. (T. I. p. 32.) et ibi Schol. X. p. 39.; (quod ex Fabroti versione ita sonat : « ut pulsari rapismate emancipandum; tunc enim consuetudo ut consuetudo obtinet, cum eam ratio commendat. ; ex Heimbachii vero : « ut alapam dare manumisso, quod, quia contra rationem est, sublatum est; tunc enim consuetudo ut consuetudo obtinet, quum non est sine ratione »).—*Noodt* l. l. (opp. T. II. p. 13 a.). —*Schulting* in enarr. part. primae Dig. h. t. § 18.—*Kloetzer* p. 128, 137.—*Kall* l. l. p. 263 — 266. (III, A. B.)| c. 11. X. *h. t.* « — nisi sit rationabilis. » (Cf. L. 2. C. *h. t.*) Nov. 134. c. 1. (ex vers. Hombergk.) « Quae male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus. » —(Cf. *Quinctil.* inst. orat. I, 6. in f. « consuetudinem sermonis vocabo consensum eruditorum, sicut *vivendi, consensum bonorum.* ») c. 3. 10. X. *h. t.* (« — cum in patria vestra servatae sint hactonus duae consuetudines abusivae, una, quod si (quis) —dissipaverit vel amiserit bona sua, bona uxoris suae —pro suae voluntatis libitu alienat. (Altera,) quod si vir ducat uxorem, quae — committat adulterium, nihilominus ipsa medietatem omnium bonorum, quae fuerit vir adeptus, impudenter exigit — — —. (Nos) tenore praesentium declaramus, vos non teneri ad hujusmodi consuetudines observandas. » — C. C. C. art. 218. « Dass Missbräuche und böse unvernünftige Gewohnheiten, so an etlichen Orten gehalten werden, sollen abgeschafft seyn. » — Exempla vid. in *Wernheri* observatt. forens. T. I. P. IV. obs. 92, et in *Kloetzeri* op. cit. p. 131 sqq. — Nec usque terrarum exempla decrunt pravarum consuetudinum, quas tamen judex in judicando minime sequatur!

quidem privatorum auctoritate nequit immutari [11]). At nihil quicquam praeterea, neque judicis confirmatione [12]), neque legislatoris consensu [13]), ut obtineat consuetudo, opus est.

§ 39. *Consuetudinarii juris vis atque auctoritas.*

Inveterata consuetudo legis vicem habet [1]). Unde sequitur, ut non modo *praeter legem scriptam* jus novum consuetudine inducatur [2]), verum etiam ad leges et interpretandas [3]) et tollendas [4]) valeat consuetudo, sive hoc fiat aut usu con-

11) L. 1. pr. D. *de usuris.* (XXII, 1.) «Usurarum modus ex more regionis — constituitur: *ita tamen, ut legi non offendat.* » (Omnino quidem negat *Puchta* — p. 77. in nota — hunc locum ad juris consuetudinarii argumentum quicquam pertinere. At nobis secus videtur. Nam cum generatim prohibitus sit judex, morem sequi, qui legibus offendat, nemini provocare licitum erit ad istiusmodi morem, qui, quantumvis longo tempore usu venierit. Vid. et Basilic. Schol. ad h. l. T. III. p. 388 a.) — c. 26. f. X. *de testib.* (II. 20.) «— non obstante illa consuetudine, *utpote juri contraria.*» —(Cf. *Kall* l. l. p. 266—268. nr. II. *Welcker* System l. p. 569. in not. Nr. IV.) — Caeterum tum venia dari singulis in causis solet eorum gratia, quae contra legis vel praeceptionem vel prohibitionem facta sunt, propterea, quod per longum tempus usu intermissa sit lex (*Plin.* ep. X. 15, 16.), tum vero non desunt exempla ex eo genere legum, quae, et moribus contranitentibus, et temporibus, in desuetudinem penitus abierunt (cf. *Unterholzner* l. l. p. 380. in f. sq.). Quod quidem non impedit, quo minus istiusmodi desuetudines jure non posse defendi contendamus.

12) Nec obstat L. 34. D. *h. t.* — (*Basilic.* L. II. T. 1. fr. 34. « *Τότε κεχρήμεθα τῇ συνηθείᾳ τινὸς πόλεως ἢ ἐπαρχίας, ὅτε ἀμφισβητηθεῖσα ἐν δικαστηρίῳ ἐβεβαιώθη.* » — c. 25. X. *de V. S.* (V, 40. in m.) « Nec dici poterat, quod consuetudo aliqua quasi contradicto judicio fuerit introducta » —.) *H. Donellus* l. l. § 4. — *Eckhardt* Hermeneut. § 303. not. *. — *J. E. L. Püttmann* interpretat. et observat. Lib. singular. (Lips. 1763. 8.) c. 19. — *Glück* ad *Hellfeld* § 86. not. 16. — *Volkmar* § 44. — *Puchta* p. 96 — 98. — *Kall* p. 268 — 271. (nr. IV.)

13) Dissentiunt quidem Dd. tantum non omnes, de eo solummodo inter se discrepantes, utrum consensus imperantis generatim atque in antecessum declaratus sufficiat, an specialis esse debeat, sive tacitus sive praesumtus? In qua controversia *Schoemann* diatr. cit. versatur tota. — Cf. etiam *Volkmar* § 12, 16, 32. — *Kloetzer* § 14 — 21. — Enimvero cum legibus priores fuerint consuetudines (vid. § 37. not. 9), adeoque a nullo imperantis arbitrio penderent, consequens est, ut ista legislatoris auctoritas ad vim consuetudini comparandam opus non sit, nisi quatenus id legis aliqua sanctione efficiatur. — Cf. *Hugo* l. l. p. 126 sqq. — *Puchta* p. 209—213. — Caeteroquin consensus ille generalis, ut dicitur, jam impertitus est juri consuetudinario, cum a peregrini, tum a patrii juris auctoribus. Vid. § 39. not. 1 sqq. — C. C. C. art. 104. Ord. cam. imp. (a. 1555.) P. I. Tit. XIII. § 1. Rec. imp. nov. art. 105. et al. — Cf. et *Kall* p. 23 sq. 30 sq. 45 sq. 55 sqq.

§ 39.

1) L. 32. § 1. D. *h. t.* « Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur; — nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes.» —(Cf. quae de huj. loci interpretatione scripserunt *Welcker* Staat, Recht und Strafe p. 510 — 512. not. e. et *Puchta* p. 84 — 87, 90., ipsi quidem inter se tota ratione dissidentes.) — § 9. I. *de J. N. G. et C.* « Diuturni mores, consensu utentium comprobati, *legem imitantur.* » —L. 35. *h. t.* «— Ea, quae longa consuetudine comprobata sunt,— *non minus quam ea, quae scripta sunt jura, servantur.*» —L. 1. *C. h. t.* «*Et consuetudo praecedens*, et *ratio*, *quae consuetudinem suasit, custodienda est. Et ne quid contra longam consuetudinem fiat*, ad sollicitudinem suam revocabit Praeses provinciae. »—L. 3. C. *eod.* « *Leges — consuetudo imitatur et retinet.*» — Cf. pr. I. *de offic. judic.* — L. 31. § 20. in f. D. *de aedilit. edicto.* (XXI, 1.) — L. 3. § 6. D. *de testib.* (XXII, 5.) — L. 4. § 2. D. *de publicanis et vectigal.* (XXXIX, 4.) — « In omnibus vectigalibus consuetudo spectari solet. » — § 3. I. *de testam.* — L. un. C. *de dedit. libertate toll.* (VII, 5.) Nov. 106.— *Puchta* p. 113—116.

2) L. 33. D. *h. t.* « Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet. » Quo loco ostenditur plerumque consuetudinis *praeter legem* induci.

3) L. 37, 38. D. *h. t.* « Si de interpretatione legis quaeratur, inprimis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset: *optima enim est legum interpres consuetudo.*» — « Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere. « C. 8. X. *h. t.* — Dissent. *Schweitzer* de desuetudine p. 64. not. 28.— *Hubner* l. l. p. 157, 158.

4) §. 11. *de J. N. G. et C.* « Ea, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia lege postea lata. » —L. 32. in f. D. *h. t.* « Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. » — Nec obstat L. 2. C. *h. t.* «Consuetudinis ususve longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem. » De cujus loci interpretatione vid. *Connanus* l. l. Nr. 9 — 11. — *H. Donellus* l. l. §. 6. — *Ulr. Huber* Praelect. ad Inst. Tit. II. Nr. 12. — *Noodt.* l. c. p. 13. — *Jos. Averanii* interpret. jur. (Libr. V. Lugd. 1751. 4.) Libr. II. c. 1. — *Hofacker* princ. jur. civ. Rom.

trario, aut mera desuetudine [5]). Neque vero tantam esse consuetudinarii juris auctoritatem, ut legum vel praeceptionibus vel prohibitionibus simpliciter deroget, e principiis supra (§ 38. not. 11.) expositis sponte patet. Praeterea aliud etiam est, quod differat inter consuetudinis jus, atque illud, quod ex scripto venit. Nam cum, quae non a judiciorum observatione profectae sint consuetudines (§ 40.), eae ex vitae quotidianae commerciorumque usu nascantur, ac plerumque arctissimis locorum finibus circumscribantur (§ 37. not. 4.), sequitur, ut eodem loco minime habenda sit scripti juris ac consuetudinarii ignorantia [6]), nec plerumque ad judicis officium pertineat, nosse consuetudines, quibus in judicando utatur [7]). Quare, si res ita postulat, probatio exigenda erit ab eo, qui ad consuetudinis jus provocat [8]), nec utique a judice expectari debet, ut ipse exploret, verane sit, an falsa litigantium allegatio [9]). Caeterum in permultis sibi dissimiles esse consuetudinarii juris et facti allegationes, non est, quod dubitemus. Judicis etenim est, non modo suppeditare consuetudines, quas ipse cognitas habet, iisdemque sua sponte in judicando uti, verum etiam testimonia exprimere juris consuetudinarii ex actorum commentariis aliisque literarum monumentis, quae ei ad manum sunt; unde saepius fit, ut qui jus consuetudinis allegant, probandi ejus causa judiciali testificatione utantur.

§ 40. *Observantia.*

Ad efficiendam observantiam non indigere neque actuum frequentia neque temporis decursu plerique opinantur, propterea quod tacito eorum, qui ejusdem sint universitatis, pacto nitatur observantia [1]). Sed nihil est causae, cur conventiones tacitas, quibus inter universitatis membra jura constituuntur, a reliquo jure ex scripti genere separemus, quod a privatorum arbitrio ac voluntate proficiscatur. Contra vero observantiae vocabulum, si quidem de hujus

Germ. § 122. not. b. — *Hoepfner* et *Weber* in commentar. ad Inst. § 58. in f. et not. 15. — *Schoeman* l. l, p. 40 not. *. — *Welcker* Recht, Staat u. Strafe p. 513. not. f. — Cum juris pontificii praecepta de quaestione proposita sibi non consentiant (cf. c. 5. D. I. c. 7. D. XI. c. 9. X. *h. t.* junct. c. 8. et 11. X. eod. — vid. *Puchta* p. 184 — 190. nr. 2. —) merito hac in re sequimur jus civile. — Caeter. cf. *Kloetzer* l. c. § 22 — 28.

5) Pr. l. § 5. C. *deo auctore* (*de concept. Dig.*) §. 10. — L. 32. in f. D. *h. t.* — Cf. L. 1. § 1. D. *de interrogator. actionib.* (XI. 1.) « Interrogatoriis autem actionibus *hodie non utimur*, quia nemo cogitur, ante judicium de suo jure aliquid respondere; ideoque — *in desuetudinem abierunt.* » — Nov. 89. c. 15. — Dissent. *Chr. Guil. Schweitzer* de desuetudine libell. singular. (Lips. 1801. 8.) c. III — V. — *Hübner* l. l. p. 159.

6) *Volkmar* § 45 – 57. — Cf. infr. §. 50.

7) Vid. et *Puchta* p. 233.

8) L. 1. C. *h. t.* « Praeses provinciae, *probatis his*, quae — frequenter — servata sunt. » — *A. D. Weber* über die Verbindl. zur Beweisführung im Civilprocess II, 3 — *N. Borst* üb. Beweislast im Civilprocess § 5. — Caeterum de forma ac ratione probandi juris consuetudinarii vid. *Jo. Voet* in comment. ad Pand. 1, 3. § 32 — 35. — *Diet. Herm. Kemmerich* Lib. de probatione consuetudinis et observantiae (Hal. 1773. 4.), inprimis Sect. II. III. — *Glück* ad *Hellfeld.* § 87.

9) Dissent. *Lange* Begründungslehre des Rechts § 16. et *Puchta* p. 104 — 112. (Cap. IX.). At vero nihil inde dignitatis juris consuetudinario detrabitur, quod probandi ejus onus plerumque incumbat litigantibus, non magis, quam juri apud exteros nato, cujus itidem probatio ab allegante exigi solet (cf. *Weber* l. l.). Praeterea, cum non ita necesse habeat judex, nosse consuetudines, quam leges scire (not. 7.), consequens etiam est, ut similiter ei de hujusmodi allegationum veritate fides fiat, quam de facti quaestionibus. Quae vero praecipiuntur: *judicantis esse, explorare consuetudines*, similiaque (L. 3. § 6. D. *de testib.* (XXII, 5.) Nov. 106. pr.), ea cum ex probandi forma Romanorum propria, nostrae vero dissimillima explicari possunt, tum vero ad eas causas referri, ubi non ignorare atque investigare consuetudines vere pertinet ad judicis officium. (Vid. quae de hocce officio infra in contextu docebuntur.)

§ 40.

1) *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. § 127. II. — *Glück* ad *Hellfeld.* § 84 in f. — *Ejusd.* Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts § 6. p. 37. — *Gunther* princ. jur. Rom. noviss. § 6. not. a. § 140. II. — (Cf. *Kemmerich* D. de probat. consuetud. Sect. § 4. 5.)

verbi proprietate quaeritur, quam longissime abest a pacti significatione, et propius ad ipsam consuetudinem accedit [2]). Quod si itaque in hac disciplinae nostrae parte observantiae velut propriam notionem retinere velimus, haud scio, an rectius ad id juris genus sine scripto oriundi eam referamus, quod ex collegiorum corporumque consuetudinibus proficiscatur. Cujus quidem itidem triplex est species notanda: quarum una, cum ipsorum utentium moribus nitatur, nihil habet peculiare, nisi quod ejus vis arctioribus ipsius universitatis terminis circumscribitur. Altera in eo jurium genere ponitur, quod ex personarum publicarum consuetudine oritur non modo iis, qui, vel simul atque una vel deinceps, in illarum sunt numero, verum etiam exteris. Quod genus est rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas, quae quidem in legum ambiguitatibus explicandis vim legis obtinere debent [3]). Tertia est observantiarum species, quae inter personas publicas atque extraneas, consuetudinibus ultro citroque observatis, contrahuntur [4]). Cujusmodi sunt etiam observantiae, quae circa judiciorum modum formamque mutua quadam, tum judicantium, tum eorum, qui causas agunt, observatione efficiuntur. Quae quidem ad *stylum curiae* pertinent, cujus tamen generalior est definitio [5]). Nam plerumque stylus curiae secundae observantiarum speciei adsignandus erit, nonnumquam etiam priori, quatenus scilicet de negotiorum et ordine et ratione, inter ipsa collegii membra observandis, quaeritur. Magis etiam fluctuat ac varia est *praxeos*, tum *usus forensis* notio, quippe quam, uti ad omne observantiarum genus, ita ad reliquas quoque juris consuetudinarii species referunt [6]).

§ 41. B) *Rerum judicatarum ac jurisprudentiae auctoritas* (*).

Est autem alterum juris non scripti genus *rerum judicatarum* tum etiam *jurisprudentiae auctoritas*, haud ita multum cedens juri consuetudinario. Quamvis enim non exemplis, sed legibus judicandum sit [1]), ac cuivis licitum a praejudiciis recedere, solent tamen omnes, qui quidem in negotiis causisque forensibus versantur, haesitantes in re dubia atque obscura, quid in similibus observatum sit, anquirere, idque sequi, etiamsi rerum *perpetuo* similiter judicatarum vis huic nondum accesserit [2]). Par est causa prudentum auctoritatis [3]). Qua quidem in re

2) Cf. L. 12. §. 5. C. *de reb. cred.* (IV, 1.) «— *observationem judicialem* permanere censemus.» (Similes loquendi formulas vid. § 6. I. *de satisdat.* — L. 4. C. *de sent.* (VII, 45.) — *C. J. Kall.* obs. de jure non scripto, etc. p. 257 sq. p. 279.)

3) L. 38. D. de legib. — (Cf. *Kloetzer* l. l. § 45. p. 287 — 296. — *Gesterding* l. c. § 14.)

4) Exemplum est in L. 3. C. *quae sit longa consuet.* « Quod officiis, curiis, civitatibus, principibus, vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus.»

5) *S. Stryk* D. de stylo curiae (Fref. 1670. et in Diss. collect. Frcf. 1691. Vol. I. Nr. 23.). Stylum curiae *Strykius* definit: consuetudinem judicialem, determinantem ordinem et modum procedendi in judicio observandum e. l. 43. — Cf. *Kloetzer* § 45. — Exemplum praebet L. 12. § 5. C. *de reb. cred.* (IV, 1.) « In omnibus autem casibus, in quibus sacramenta praestantur, *observationem judicialem* permanere censemus.» — Cf. L. 11. in f. C. *de injur.* (IX, 35.)

6) *Glück* Einleitung, etc. p. 95. — *C. v. Weyhe* wissenschaftliche Bearbeitung des allgem. deutschen Privatr. (Gött. 1815.) § 52, 55. — *J. A. Seuffert* Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Privatrechts (Abh. I. Würzb. 1820.) Nr. VI. p. 31 — 35.

§ 41.

(*) *Lange* l. l. § 22, 23.

1) L. 13. C. *de sentent. et interlocutionib.* (VII, 45.)

2) *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. § 127. in fin. (« in rebus et ubi interpretatione doctrinali locus est, in argumentis forensibus cautius est, antecessorum auctoritatem sequi, quam suo sensu nimis abundare.») — Cf. supr. § 36. in f. — *J. C. Kall* obs. de jure non scripto, etc. § 15. p. 203 sqq.

3) Vid. § 7. init. — Cf. *J. Moeser* patriotische Phantasien Bd. I. Nr. XXII. (Schreiben eines alten Rechtsgelehrten über das sogenannte Allegiren.)

nimiam illam, quae aliquando obtinuerat, *communis Doctorum opinionis* auctoritatem [4]), ad justum quendam modum revocare conati sunt recentiores [5]).

§ 42. C) *Jus, quod ex communis juris ratione argumentando efficitur.*

Ad juris non scripti species merito etiam refertur jus illud, quod ex jure jam pridem constituto, sive ex scripti sive ex non scripti genere, argumentando concludendoque efficitur [1]). Id quod duobus potissimum modis fit. Uno, cum ex generali aliqua juris forma, legibus aut proposita aut agnita, occulta quaedam et quasi involuta eruamus atque explicemus, omninoque in singulis dijudicandis quaestionibus ei adhaerescamus, quod illi magis conveniat; quod quidem dicitur *rei naturam* sequi. Alter conclusionis modus ad analogiae genus pertinet; de qua infra (Cap. III.) dicentur plura. Utrumque autem argumentandi genus eo nititur, quod non possunt juris auctores, principium aliquod approbantes, id non probasse, quod necessario ex illo consequitur. Est tamen, quod differat inter utrumque, quod nimirum, rei potestatem atque naturam sequentes, a generaliori ad ea progredimur, quae ex illo efficiuntur, contra vero in analogica argumentandi ratione hoc nobis propositum est, ut pluribus causis inter se comparatis id, quod de una sancitum est, similitudine quadam ducti ad alteram quoque trahamus.

§ 43. D) *Aequitas* (*).

Aequitatis et finis et officium est *legitimae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio* [1]). Quam aequitatem quomodo tuiti sint Romani juris auctores, eademque quomodo ad jus antiquum in melius reformandum usi sint, supra satis copiose disputatum videri potest [2]). Nunc videndum de aequitate, quam etiamnum in legibus judiciisque administrandis coli oportet [3]). Cujus quidem triplex cernitur munus. Primum est, ut a summo jure paulisper recedatur, ubi illius usus justitiae aequitatisque fini ipsiusque legislatoris voluntati minime convenire

4) *Arth. Duck* de usu et auctore jur. civ. Lib. I. c. 8. § 3 — 16. — *Reyher* D. de remissione invent. a testatore — facta (Kil. 1690. 4.) § 18. « Extra vero controversiam ferme est positum, communem opinionem habere vim legis et consuetudinis, cum a multis veritas potius haberi possit, quam a paucis, et clara atque aperta res dicatur, pro qua est communis opinio, quandoquidem veritas et communis opinio aequiparantur. »

5) *A. D. Weber* über die Processkosten, deren Vergütung u. Compensation § 10. 11. — Cf. et *Puchta*. Gew. R. p. 164 sq.

§ 42.

1) *J. C. Kall* observ. de jure non scripto, etc. p. 146.

§ 43.

(*) *Fr. Connani* commentarii jur. civ. Lib. I. c. XI. — *H. Donellus* commentarii jur. civ. Lib. I. c. XIII. § 11—14. — *J. L. Conradi* or. de juris et aequitatis inter se consensu (opusc. Vol. I. p. 317—566.). — *Rapolla* der Rechtsgelehrte, etc. (übersetzt von *Griesinger*) p. 95—107.

1) *Cic.* de off. 1, 42. de off. I, 10. (« servare aequitatem, quae est justitiae maxime propria »). Ib. II, 12. (« Jus enim semper quaesitum est aequabile, neque enim aliter esset jus ».) — Cf. Top. c. 2. Or. pro Caecina c. 27, 28. de invent. I. 2. Lael. 5. et al. — L. 20. in f. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — Cf. *Welcker* die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe p. 475 sqq. — *Ejusd.* System, etc. I. p. 624—630. et ibi not. 485 — 494.

2) § 5. 7. 31.

3) L. 90. D. *de reg. jur.* « In omnibus, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est. » — L. 8. C. *de judiciis* (III, 1.) « Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem. » [*Haloand.* post *aequitatisque* addit: *scriptae*. Vid. tamen *Connanus* l. l. Nr. 6. — *Fr. Duarenus* disput. anniversar. Lib. II. c. 18. (opp. p. 1068.). — *H. Donellus* l. l. § 13. edit. *Spangenberg*. ad h. l. not. 28.] — Cf. *Cic.* pro Caecina 28. « Nego, ullam rem esse, quae aut comprehendi satis, aut caveri, aut excipi possit, si aut praeterito aliquo verbo, aut ambigue posito, sententia et re cognita, non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit. »

appareat [4]), tum, quid aptum sit personis, temporibus, aetatibus, diligenter observetur [5]). Secundum, ut bonae fidei quantum poterit ubique ratio habeatur, nec non cujusque in jure suo exercendo malitiae coerceantur [6]). Tertium est in supplendis his, quae in scripto jure quodammodo deesse videntur, dando scilicet ex aequitate, certo agnita, in factum aut actiones aut exceptiones, tum etiam in integrum restitutiones, iis, qui alioquin contra aequi et boni rationem damnum sentiant [7]). Habet tamen haec res multas cautiones. Nam cavendum, I) ut ne cui noceatur; II) ut contra legislatoris voluntatem aperte declaratam nihil contendamus, quantumvis scripta lex dura sit atque iniqua [8]). Leges enim aut tollere aut emendare non ad judicis, sed ad legislatoris pertinet officium [9]). Neque magis III) jurium novas formas constituere judici licet. Potest quidem et debet judex, deficiente lege, damnum ab innocentibus, quoad ejus fieri possit, avertere, neque tamen judicantium est, in explendis legum lacunis civitatum moderatores imitari, atque ex civilis prudentiae ratione novis rebus negotiisque jura statuere; quippe quod similiter legislatorum officio erit relinquendum [10]). Praeterea cavendum, IV) ne eam aequitatem in officiorum perfectorum numero censeamus, quae nullam in se habeat necessitatem, nisi quae pudore cernitur et verecundia [11]), ac multo etiam magis, V) ne commentitiam illam atque inanem sequamur aequitatem, quae non a vera ratione ducitur, verum a judicis intempestiva quadam misericordia animique inconstantia, qualis non decet virum, proficiscitur [12]).

§ 44. E) *Jus naturale.*

Tota haec quaestio de juris naturalis in rebus causisque dijudicandis usu, iis fere absolvitur, quae de aequitate modo dicta sunt [1]); si illud quoque assumserimus, ut judicandi rationes, quantum possumus, accommodate ad naturam in-

4) *Cic.* de off. 1, 10. « *summum jus, summa injuria* factum est jam tritum sermone proverbium. » — L. 91. § 3. D. *de V. O.* (XLV, 1.) « — esse hanc quaestionem de bono et aequo, *in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur.* » — L. 183. D. *de reg. jur.* — Vid. infra § 65. not. 2.

5) *Cic.* de off. 1, 34. in f. — Cf. *Quinctil.* instit. orat. VII. praef. in f. « Cum infinitae litium formae fuerint, futuraeque sint, et *tot saeculis nulla reperta sit causa, quae esset tota alteri similis*, sapiat oportet actor, et inveniat, et judicet, et consilium a se ipso petat. »

6) *Connanus* l. l. § 9. — Cf. L. 40. pr. D. *de hered. petit.* (V, 3.) — (L. 4. § 3. in f. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — Vid. not. 15. ad § 31. — Add. L. 29. § 4. D. *mandati.* (XVII, 1.) (« — ubi de bona fide agitur, non congruit, *de apicibus juris* disputare, sed de hoc tantum, debitor fueritne. ») — L. 19. D. *de reg. jur.* — Cf. L. 19. in f. C. *de fide instrum.* (IV, 21.) — L. 22. § 1. et 3. C. *de furtis.* (VI, 2.)

7) L. 1. pr. D. *de pactis.* — L. 14. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.) — L. 2. 3. 4. L. 11. et 21. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — L. 25. § 1. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 1. in f. D. *ex quibus caus. majores 25. annis i. i. restituuntur.* (IV, 6.) — Cf. *Just. Claproth* Einleitung. in den ordentl. bürgerl. Process Th. 1. § 1. not. b. — *A. D. Weber* von der naturl. Verbindlichkeit § 46. 47.

8) L. 12. § 1. D. *Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt.* (XL, 9.) « — quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est. » Quem in locum vid. *H. Donellus* l. l. § 14. — Facit huc L. 21. D. *de legib.* — Cf. L. 18. *eod.* « Benignius leges interpretandae sunt, *quo voluntas earum conservetur.* »

9) L. 1. C. *de legib.* — Cf. L. ult. *eod.* — *Connanus* l. c. § 7. 9. in f. § 11. in f. — *H. Donellus* l. l. § 13.

10) Cave enim, ne cum judicis officio confundas illa, quae olim fuit, cum jus dicentium, tum JCtorum libera propemodum in jure constituendo potestas.

11) *Connanus* l. l. nr. 6.

12) Quam vulgo « aequitatem cerebrinam » vocant. *Welcker* System, etc. I. p. 650. not. 494.

§ 44.

1) Hinc illae, quae ubivis in jure Romano occurrunt, loquendi formulae: *natura aequum est, naturalis aequitas*, etc. — Cf. etiam L. 5. C. *de bonis quae liber.* (VI, 61.) « — — quia consequens est, ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas *benigne atque naturalis juris moderamine* temperare, non piget nos, — *aequitati convenientem* Juliani *opinionem* sequi. »

tituamus, eamque quam diximus naturam imitando quodammodo consequamur [2]). Unde sequitur, primum, ut societatum, quas ipsa natura inter homines conjugavit, velut familiarum, praecipua quaedam in officiorum distributione ratio habenda sit [3]). Deinde, ut a naturali aut personarum aut rerum conditione petantur nonnumquam principia, quae controversiis distrahendis commode inserviant [4]). Denique, si qua lege hominum libertas naturalis et libera cujusque aut suis rebus aut omnium communibus utendi facultas impedita ac coangustata, aliove modo propter civilem rationem a naturali aequitate recessum sit, eam legem, nisi aperte ipsa contra nitatur [5]), ita interpreteris necesse est, ut quam minimum a naturali ratione remota esse videatur [6]). Quod autem nonnulli praecipiunt, omnino jus naturale legibus esse superius, ad illiusque normas juris civilis instituta exigenda esse moderandaque, id, utrum recte an perperam statuatur, jam ex superiore illa de bono et aequo disputatione intelligi poterit [7]).

CAPUT II.

DE LEGUM NATURA ATQUE AUCTORITATE.

§ 45. *Quibusnam praeceptis legis nomen auctoritasque conveniat.*

Solent interpretes verba legum *enuntiativa* a *dispositivis*, ut vocant, distinguere. Ad illa referunt, tum eorum, quae occasionem legibus dederint, narrationes, tum cautelas, si quae causis negotiisque providenter agendis a juris auctoribus proponuntur [1]), itemque enuntiationes ejusmodi, quae magis ad artem nostram explanandam quam ad juris regulam constituendam spectant. Quae quidem omnia, licet legis sententiae eruendae egregie inserviant, ipsa tamen per se non gaudent in foro auctoritate [2]). Contra vero, in praeceptorum legalium numero non modo censenda sunt, quae formula generali sanciuntur, verum etiam rationes huc referendae, quibus legislator singularum quaestionum definitiones superstruxit; (vocant *rationes decidendi*) [3]). Quid? quod quaevis causa, qua proxime continetur lex, consiliumque certum, quod in illa condenda maxime secutus est legislator (quae quidem proprie vocatur *legis ratio*), in iis certe, quae sunt juris communis, pro lege quodammodo habetur.

2) *Cic.* de legib. I, 5. 17. (« — natura — juris — ab hominis repetenda natura »). — *Welcker* Syst. etc. I. p. 73 — 80.

3) *Cic.* de offic. I, 17. 18. — Cf. L. 7. pr. D. *de bonis damnator.* (XLVIII. 20.)

4) L. 24. D. *de statu homin.* (I, 5.) « Lex naturae haec est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur. » — L. 7. § 7. D. *de acquir. rer. domin.* (XLI, 1.) « — — Sabinus et Cassius *magis naturalem rationem efficere* putant, ut, qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset. » — Cf. L. 5. D. *eod.* — L. 15. D. *de statu hom.* — L. 3. in f. D. *si pars heredit. petat.* (V, 4.)

5) Velut L. 40. pr. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)

6) L. 1. § 20. D. *de exercit. act.* (XIV, 1.) — L. 19. pr. D. *de cond. indeb.*

7) *A. D. Weber* von der natürl. Verbindlichkeit § 57. 58. ibique citt. Dd.

§ 45.

1) Velut in L. 24. D. *de rei vind.* (VI, 1.)

2) *A. D. Weber* Bemerkungen zur Beförderung einer gründl. Theorie der Anwendung des Röm. Rechts (Versuche über das Civilrecht Nr. 1.) § 8. — De definitionum a juris auctoribus prolatarum auctoritate vid. inprimis (*C. G. Hubner*) Zusätze u. Berichtigungen zu den Instit. d. Röm. Rechts p. 57 sqq. — (Cf. L. 202. D. *de reg. jur.* « Omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti possit. »)

3) Vid. *Thibaut* log. Auslegung des Röm. Rechts (ed. 2.) p. 59. 60. - Cf. infr. § 61. not. 3. § 66. n. 2.

Quippe cui maxima intelligitur inesse vis in legis et ambitu et auctoritate definienda (cf. § 42. 53. 61 — 67.).

§ 46. *Legum virtus universim spectata.*

Legis virtus haec est: *imperare*, quae fieri vult lex; *vetare*, quae non vult; *permittere* ea, quae quidem cauta sunt legibus ac praescripta, neque tamen a privatorum arbitrio exemta; denique *punire*, quae contra legis aut praeceptionem aut prohibitionem fiunt [1]. Est autem regula, ut quaecunque contra legum voluntatem gerantur, inutilia sint et pro infectis habeantur [2], sive poenae sanctio legi superaddita sit, sive non [3]. Nonnumquam tamen abhac regula receditur, ut, rato manente negotio, aut sola poena solvenda sit, aliove incommodo adficiatur is, qui legum praecepta prohibitionesque in agendo neglexerit [4], aut non tantas babeat vires negotium, quam si ex legum praescripto omnia acta essent [5]. Magis etiam ad permittentium genus accedunt leges, quae, ut bominum imprudentiae levitatique succurrerent, certas quidem negotiis praescripserunt formas, ita tamen, ut, quae in contrarium fiunt, neque rescindantur, neque poenae subjiciantur, neque de eorum vi ac potestate aliquid deminuatur; quarum in numero vi et effectu babendae sunt, quae, licet exceptionibus repellant agentes, impleta tamen negotia retractari non sinunt. Cujusmodi legibus *imperfectarum* nomen inditum est [6]; contraria appellatione opposita tum *perfectarum*, quae facta legibus contraria rescinderent, tum *minus quam perfectarum*, quae salvis iis, quae gesta essent, poenam injungerent gerentibus [7].

§ 47. *Quas personas legibus obtemperare oporteat.*

Juribus legibusque in civitate aliqua obtinentibus omnes obediant necesse est, quicunque ibi aliquid, quod ad legum judicumque censuram atque arbitrium pertineat, agant committantve, nec quidquam refert, utrum cives sint, de quorum actionibus quaeritur, an advenae et peregrinantes [1]. De eo autem, penes quem summum est in civitate imperium, numne ipse legibus teneatur? valde ambigitur [2]. Quidquid vero hoc sit, quod de *principe legibus soluto* in libris nostris traditum est [3], illud certe negari nequit, de quaestione proposita non nisi ex regiminis formula cujusque populi propria statui posse.

§ 46.

1) L. 7. D. *de legib.* (Cf. Basilic. T. I. p. 29. 30. et *Quinctiliani* instit. orat. VII, 5.) — Hinc originem traxit distinctio juris *cogentis* et *permissivi*, ut aiunt; de qua vid. *Gluck.* ad *Hellfeld* T. I. § 14. 15. — *Id.* Einleit. in das Studium des Röm. Privatrechts § 8.

2) L. 5. C. *de legibus.*—Add. c. 64. *de R. J.* in 6. (V, 12.)—L. 6. C. *de pact.* (« Pacta, quae contra leges constitutionesque, *vel contra bonos mores* fiunt, nullam vim habere indubitati juris est. ») —§ 12. I. de *nupt.*

3) L. 4. 6. C. *de incest. nupt.* (V, 5.) — *A. D. Weber* von der naturl. Verbindl. § 74.

4) V. c. L. 1. C. *de secund. nupt.* (V, 9.)—L. 1. pr. D. *de alienat. jud. mut. causa facta.* (IV, 7.)

5) Vid. L. 29. D. *de usur.* (XXII, 1.) — Cf. infra §. 105.

6) *Ulpian.* Fr. 1. § 1. (ed. *Schult.*) (« Imperfecta lex est, velut Cincia, quae supra certum modum donari) prohibet —, et si plus donatum sit, non rescindit. » — Cf. *Macrobius* in comment. in somn. Scipion. (II, 17.) et *Savigny* über die Lex Cincia (Zeitschrift f. geschichtl. R. W. IV, 1.) Nr. V. VI. p. 19 — 24.

7) *Ulpian.* Fr. 1. § 2. « Minus quam perfecta lex est, quae vetat, aliquid fieri, et, si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit. » — Cf. *Savigny* l. l. p. 21.

§ 47.

1) *Gluck* ad *Hellfeld.* § 44. — Cf. *C. F. Boeschen* (Pr. *A. F. Schott*) D. de vi legum civilium in subditos temporarios. Lips. 1772. 4. Nov. 69. c. 1.

2) *J. A. Schnaubert* D. de principe legib. suis obligato. Jen. 1793, quam german. interpretatus est *E. F. Hagemeister* (auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden. Rostock 1795.).

3) L. 31. D. *de legibus.* (« *Princeps legibus solutus est*, Augusta autem, licet legibus soluta non

§ 48. *De legum civilium auctoritate*, a) *qua ambitum: generale, speciale, particulare jus.*

Jus autem omne, quo utimur, vel generatim personis rebusque, ad quas modo potest pertinere, aequabiliter descriptum est, vel ad certum aut hominum aut rerum genus pertinet, vel arctioribus regionis cujusdam aut loci finibus circumscribitur. Unde haud incommode, si quidem de legum civilium et ambitu et finibus quaeritur, triplex jurium genus distingui posse videtur, unum *generalia*, alterum *specialia*, tertium *particularia* jura complectens. Jus autem *positivum universale* quod attinet, quin inter mera recentiorum JCtorum commenta referendum sit, vix est, quod dubitemus [1]).

§ 49. b) *Qua indolem: commune, singulare jus.*

Neque vero cum superiore illa juris divisione commisceri ea debet, quam modo indicavimus. Nam ut regula distat a suis exceptionibus, similiter inter se differunt jus commune ac singulare [1]). Jus enim singulare est, quod contra tenorem communis juris propter aliquam utilitatem introductum est [2]). Nec eo mutatur juris communis indoles, quod ejus exceptiones quamvis latissime pateant, dumne per regulam contrariam, ea, quae antea fuit, in totum obruatur; atque adeo non sunt pugnantia inter se: *jus singulare* idemque *generale* [3]). Est autem duplex singularium jurium species distinguenda. Una eorum, quae, licet quantumvis a juris regula recedant, generali tamen forma ipsae emittuntur ac normam tamquam perpetuam constituunt; velut beneficia aetatis, militiae et quae eorum sunt similia. Altera est eorum, quae aut singulis personis causisque aut hominum universitatibus *singulis* [4]) statuuntur [5]). Quae quidem exceptiones, uti antiquitus solebant, ita hodieque *privilegiorum* congruo nomine [6]) prae reliquo

est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent.» Cujus loci interpretes consignati sunt ap. *Gluckium ad Hellfeld.* I. § 43. not. 31.) —L. 23. D. *de leg.* III. («Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa imperatorem vindicare, inverecundum est: decet enim tantae majestati eas servare leges, *quibus ipse solutus esse videtur.*») —L. 3. C. *de testam.* (VI, 23.) («—*Licet enim lex imperii solemnibus juris imperatorem solverit*, nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere.»)—§ 8. in f. I. *quib. mod. test. infirm.* («— Licet enim legibus soluti sumus, tamen legibus vivimus.»)—L. 4. C. *de legib.* (I, 4.) «Digna vox est majestate regnantis, legibus allegatum se principem profiteri. Adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas: et revera majus imperio est, submittere legibus principatum.» —Vid. tamen L. 26. C. *de donat. int. V. et U.* (V, 16.) «Donationes, quas — imperator in — suam conjugem, vel illa in maritum contulerit, illico valere sancimus—, *utpote imperialibus contractibus legis vicem obtinentibus.* — Cf. *Ulr. Huber* Digressiones Justinianeae Lib. I. c. 35.—*Schnaubert* l. l. § 25. not. 39. — *Thibaut* Pand. § 27. — et supra § 4. not. 3.

§ 48.

1) *Glück* ad *Hellfeld.* I. § 22.—Dissent. (*Hübner*) Berichtigungen u Zusätze zu den Instit. d. Röm. Rechts p. 141 — 151.

§ 49.

1) L. 15. D. *de vulg. et pup. substit.* (XXVIII, 6.) —L. 37. D. *de jure fisci* (XLIX, 14.)—Cf. *Auctoris* Lehrbuch der jurist. Encyclop. § 14. 15. — Est tamen et latior quaedam juris communis notio, qua ad commune omnium hominum jus refertur (L. 1. § 4. L. 9. D. *de J. et J.*), tum etiam proprio juri ac singulorum opponitur, v.c.—L. 59. § 4. D. *mandati.* (XVII, 1.)

2) L. 16. D. *de legib.* (*J. C. Conradi* de jure singulari — in opusc. a *Pernice* edit. — § 1 — 9). —Cf. L. 23. § 3. D. *de fideicomm. libertatib.* (XL, 5.) et nota seq.

3) Exempla vid. in L. 23. § 1. — L. 44. § 1. *de acq. v. amitt. poss.* (XLI, 2.)—L. 44. § 3. D. *de usurp. et usuc.* (XLI, 3.)—L. 2. § 16. D. *pro emt.* (XLI, 4.)—L. 7. C. *de pact. convent. tam super dote*, etc. (V, 14.)

4) Nam quae aut simpliciter personis mysticis, aut omnibus omnino ex aliquo genere personarum universitatibus tribuuntur jura, velut civitatibus, ea ad jura singularia, quae proprie dicuntur, merito referenda sunt.

5) L. 1. § 2. D. *de constit. princip.* — *Hufeland* civ. Abhandl. I. p. 212 sqq. — *Burchardi* Rechtssystem d. Römer p. 90 sqq.

6) *Cic.* de leg. III, 19. («majores — in *privos* homines leges ferri noluerunt, id est enim privilegium.»)—Cf. or. pro domo c. 17. — *Gellius* X, 20. — Enimvero in *singulorum odium* privilegia ferre, s. *legis exceptiones* statuere, lege XII tabb. vetitum erat.—*Cic.* III, 4. «*Privilegia ne irroganto.*» —Cf. c. 19. et *Taciti* Annal. III, 27.— Vid. inprimis *Noodt* Paud. p. m. 10. A. — Cf. *Dirksen* civilist. Abhandl. I. p. 246— 255.

jure singulari solent appellari. Contra vero Romani juris, quo quidem utimur, auctores promiscue et communiter hocce vocabulo usi sunt [7]).

§ 50. *Ex quo tempore leges valeant, quaque potestate.*

Incipit lex valere, simulac legitime publicata est [1]); nec audiendi sunt, qui in ipsorum notitiam legem venisse negent [2]). Idemque de juris singularis, tum de juris non scripti ignorantia dicendum est, siquidem non de facto, sed de jure quaeritur. Unde intelligitur, 1) ignorari non debere jus, quod aut argumentando ex jure scripto efficitur, aut naturali aequitate continetur (§ 42 — 44.). Nec magis 2) excusantur, tum qui se dicant ignorasse, quae ad constituendam consuetudinem leges requirunt, tum dijudicare nesciant ex factis propositis, anne perfectum sit jus consuetudinarium, nec ne? Quid? quod ignorare non licet consuetudines, quae tam apertae sunt ac manifestae, ut hominum imprudentium ac socordium vix effugiant intelligentiam [3]). Denique non nisi res gestae, quibus continetur consuetudo, sine cujusquam incommodo ignorari poterunt, quatenus omnino non noceat facti ignorantia [4]). Caeteroquin interdum propter utilitatem aliquam *vacationis* tempus legibus additur, quo demum praeterito legis praeceptum teneat [5]).

§ 51. *De causis, quae legibus fuere priores* (*).

Contra vero lex non est trahenda ad praeterita [1]), nisi aut interpretetur tantummodo priores leges [2]) easve confirmet [3]), aut praeteritas quoque jurium

7) *Brisson.* de V. S. v. *privilegium.* — Caeterum a verbi proprietate magis etiam deflectunt recentiores, quippe concessionibus omnigenis, quaecunque ab imperante peti darique solent, privilegii nomen impertientes.

§ 50.

1) Nov. 66. c. 1. pr. « Sancimus, ex illo nostras constitutiones valere, ex quo in commune factae sunt manifestae. »

2) L. 12. C. *de jur. et facti ignor.* (I, 18.)— L. 9. C. *de legib.*—L. 48. pr. D. *de fidejussorib.* (XLVI, 1.) — Cf. § seq.

3) Arg. L. 3. § 1. D. *de jur. et facti ignor.* (XXII, 6.)— L. 9. § 2. *eod.*

4) Cf. *Volkmar* Beiträge zur Theorie des Gewohnheitsrechts p. 85—98.

5) *Sueton.* Octav. c. 34. « Hanc (legem de maritandis ordinibus) cum aliquanto, quam caeteras, severius emendasset, prae tumultu recusantium perferre non potuit, nisi ademta demum, lenitave parte poenarum *et vacatione triennii data.* » (Cf. *Heineccii* comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. p. 48.) Alia exempla vid. in Nov. 58. (« Sciant, quod nisi *intra tres menses, ex quo haec lex insinuata fuerit,* haec correxerint — » etc.) Nov. 66. c. 1. pr. [« — Sancimus, si scripta fuerit hujusmodi lex (de testamentis), *hanc post duos menses dati ei temporis valere.* »]— Nov. 116. c. 1. « — nisi intra triginta dierum dilationem, computandorum ab insinuatione praesentis nostrae dispositionis, eos expulerint, » etc.—Cf. *Hofacker* princip. jur. Rom. Germ. T. 1. § 86. not. a.— Cf. Landr. f. die Preuss. Staaten Einl. § 16.— Cod. Nap., art. 1.— Loi du 19 septembre 1831.

§ 51.

(*) *A. D. Weber* Ueb. die Rückanwendung positiver Gesetze. Hannov. 1811. 8. (Cf. Leipz. Literatur-Zeitung 1815. May. Nr. 128. 129.) — *Fr. Bergmann* Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte. Hannov. 1818. 8 — *F. G. Georgii* Beitrag zur Lehre von der Rückanwendung neuer Gesetze (Archiv f. die civilist. Praxis III. Nr. XII. p. 145—194.).— Cf. *Chabot de L'Allier,* questions transitoires sur le Code Napoléon. à Par. 1819. — *Auctoris* Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls p. 250 sqq.— *Fritz* Erläut. zu. v. Wening. 1. P. 41—44.—*Sirey,* Recueil, 1809. II, 277.—Bibliothèque du Barreau 1809. I, 97.—*Blondeau,* de l'effet rétroactif des lois, et *Thémis,* VII. p. 289.— *Merlin,* Répertoire universel, *voce* « effet rétroactif, » et *Thémis.* T. VI. p. 441— 463.

1) L. 7. C. *de legib.*—L. 65. in f. C. *de decurionib.* (X, 31.)—c. 2. X. *de constit.* (I, 2.)— « Quoties novum quid statuitur, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis praeterita non commendet, ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est vetitos sustinere. » —Cf. c. 13. *eod.*—Cod. Nap. art. 2.

2) Nov. 19. pr. et c. 1. Nov. 43. — Vocant interpretationem authenticam s. Declaratur-Verordnung, de qua quidem vid. *Weber* l. l. §. 36. 84. —*Bergmann* l. l. §. 10 et 31.—Landrecht für die Preuss. St. Einleit. §. 15.—Caeter. vid. *Schoeman* Handb. des Civilr. I. p. 87 sqq. not. b.—Cf. *Weber* l. l. § 28 — 33. 36. 78 — 84. — *Bergmann* l. l. § 10. 11. 31. 32.—*Fritz* in *Grolmann's* und *Loehr's* Mag. IV. Nr. XIII. — Dissent. *J. C. Kall* de jure non scripto, etc. p. 142.

3) *Weber* l. l. § 32. 33.—*Bergmann* l. l. § 11.— Item quod de legibus *restitutoriis* vid. *Weberum* § 34,

causas, vel disertius vel occultius sanciendo, lex nova complectatur. Quo quidem facto, nulla tamen ratione fieri potest, ut causae negotiaque penitus evertantur, quae jam finita sunt ac prorsus absoluta [4]). Regula autem illa, qua non trahantur leges ad praeterita, quamvis per se habeat sensum expeditissimum, est tamen difficillima usu, si quando causa jurium lege sit antiquior, exsecutio posterior. Et I. forma quidem negotiorum nihil fere babet dubitationis, quin ad eas leges dirigi conveniat, quae tum obtinent, cum peragitur negotium, sive id ipsum jurium causam constituat, sive eandem sequatur [5]). II. Magis autem de reliquis ambigitur, tum de eorum, qui lege nondum lata deliquerunt, poena publica [6]), tum vero maxime de juribus, quae ad rem familiarem omninoque ad rem privatam spectant; de quo quidem uno hic nos attinet dicere. Quod igitur aequitati consentaneum est, defendi scilicet legibus atque in barum esse praesidio et quodammodo tutela, quae licite ac legitimo modo orta sint jura [7]), idem Romano jure simpliciter ac nullis fere additis limitibus agnitum est, ut quaecunque a causis, lege nova prioribus, pendeant jura, ea ex pristinis legibus judicanda sint, etiamsi res, de qua agitur, ad effectum nondum adducta, neque in discrimen de ea ventum sit [8]). Quemadmodum autem ex civilis prudentiae ratione utique fieri potest, ut certis limitibus aequitas illa circumscribatur [9]), sic in se res ipsa quasdam habet exceptiones. Nam 1) cavendum, ne ad jurium causas, de quibus hic quaerimus, quamlibet referamus aut hominum aut rerum conditionem, quae, nisi legis mutatio accidisset, longe dissimilem effecisset jurium litiumque rationem, ac nunc fit ex lege nova [10]). Etenim, ut superius nostrum praeceptum obtineat, aut oportet quempiam de rebus suis instituisse aliquod negotium, quod quidem ex jure antiquo ratum sit ac firmum, aut jus quoddam alicui quaesitum sit necesse est ejusmodi, quod ab illo invito jam eripi nequeat [11]).

et *Bergmann* § 12. 33.—Nec est, quod de auctoritate eorum, quae juris transitorii imperio facta sunt, dubitemus.—Cf. omnino *Bergmann* l. l. § 65. usque ad fin.

4) L. 1. § fin. D. *ad SCti Tertyll.* («ait Senatus: *quae judicata, transacta finitave sunt, rata maneant*»).—(Cf. L. 229. 230. D. *de V. S.*)—L. 2. § 25. C. *de vet. jure enucl.*—L. un. in f. C. *de contr. jud.* (I, 53.) L. 17. C. *de fide instrum.* (IV, 21.)—C. *tanta* (L. 2. C. *de vet. jure enucl.*) § 23. «Leges autem nostras, quae in his Codicibus — posuimus, — sancimus, — suum vigorem in judiciis ostendentes in omnibus causis, *sive quae postea emerserint, sive quae in judiciis adhuc pendent, nec eas judicialis vel amicalis forma compescuit.*»—Cf. Nov. 19. pr. et loca infra (not. 9.) alleg. — *Bergmann* l. l. §. 23. (p. 138. not. 129.) § 25. (p. 146 sqq.).

5) L. ult. C. *si certum petatur.* (IV, 2.) («—Quod et in futuris creditis, *vel debitorum solutionibus* locum habere oportet.»)—*Weber* § 47. 48. 59. (p. 131. 132.). — *Georgii* l. l. §. 20. — Caeter. vid. Landr. für die Preuss. St. Einl. § 15.

6) Qua de re vidend. *Weber* l. l. §. 57.—*H. A. Zachariae* über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Gott. 1834. — Cf. Landr. f. die Preuss. Staaten Einl. § 18—20.

7) Vid. tamen *Bergmann* § 4. 5.

8) Arg. L. 8. pr. D. *mandati.* (XVII, 1.) («uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam») et L. 58. § 2. D. *pro socio.* (XVII, 2.)—L. 1. pr. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV, 2.) («*Quicumque* civis Romanus *post hanc legem rogatam testamentum faciet*, etc.).—L. 18. C. *de testib.* (IV, 20.) («Praedicimus, ut, qui in scriptis a se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant, — debiti — solutionem sine scriptis se fecisse, — — nisi quinque testes — — deposuerint, sub praesentia sua debitum esse solutum, » etc.—«*his scilicet, qui jam scriptis debitum — solverint, a praesenti sanctione merito excipiendis.*»)—(Cf. *Bergmann* p. 88.)—L. 23. in f. C. *mandati.* (IV, 35.)—L. un. in f. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.)—L. 29. in f. C. *de testam.* (VI, 23.)—L. un. § 15. C. *de caduc. tollend.* (VI, 51.)—Cf. Nov. 66. c. 1. § 4. 5.—Nov. 76. c. 1.—L. un. f. C. *de latina libertate tollenda.* (VII, 6.)—L. 65. in f. C. *de decurionib.* (X, 31.)—Nov. 12. c. 3.—Nov. 22. c. 1.—Nov. 38. c. 1. (*Bergmann* p. 144. not. 134.)—Nov. 99. c. 1. in f. —Cf. *Bergmann* § 14—21. 25. — Dissent. *Weber* § 40—44. 46. 52. 53. 61 — 65. 69. 70. 72. 74.

9) L. 3. C. *de pact. pignor.* (VIII, 35.)—L. un. in f. *de contr. judicum*, etc. (I, 53.)—L. 27. pr. C. *de usuris.* (IV, 32.)—Cf. L. 22. § 1. C. *de sacrosanct. ecclesiis.* (I, 2.)—L. 21. C. *ad SCti Vellej.* (IV. 29.) — L. 3. C. *de quadriennii praescript.* (VII, 37.) — *Weber* l. l. § 5. — Ultra etiam progressi sunt nostrae aetatis legislatores. Vid. v. c. Publications-Patent des preuss. Landr. § X sqq. Einleit § 17. 18. — *Bergmann* § 34 — 64. — Cf. et *Weber* l. l. § 49. et *Auctoris* Beurtheilung, etc. p. 253.

10) Velut in causis divortiorum, successionis ab intestato, ceterisque similibus. Vid. *Weber* § 55. — *Bergmann* § 20. — Cf. Publications-Patent des preuss. Landr. § XIV.

11) Quare, si quid in praescribentium commodum

Praeterea 2) providendum, ne quid admittamus sub juris quaesiti praesidio et quasi colore, quod utique fieri noluit legislator, licet aperte de praeteritis nihil cautum sit lege [12]).

§ 52. *Jus quomodo aut tollatur aut corrigatur.*

Mutantur plerumque leges aut contraria legislatorum voluntate [1]), aut usu contrario [2]), nec semper uno modo. Etenim « lex aut abrogatur, i. e. prior lex tollitur, aut derogatur, i. e. pars primae legis tollitur, aut subrogatur, i. e. adjicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, i. e. mutatur aliquid ex prima lege » [3]). In toto autem jure generi per speciem derogatur [4]). Quamquam enim specialia sua quidem natura insunt etiam generalibus [5]), tamen lege nova generali non tollentur, neque ea jura, quae certis vel regionibus vel hominibus propria sunt [6]), neque specialia juris veteris praecepta ejusmodi, quae peculiaribus ac propriis suis rationibus subnixa sunt [7]), nisi ad haec quoque legem novam esse trahendam ex ejus aut verbis aut sententia manifesto appareat [8]). Tollitur praeterea lex, tum ex iis finiendi causis, quas ipse legislator praestituit legi, velut ut valeat duntaxat ad tempus, tum vero ita mutatis et personis, et rebus, et temporibus, de quibus scripta est lex, ut ne analogiae quidem locus relinquatur [9]).

CAPUT III.

JURIS ET INTERPRETANDI ET IN REBUS CAUSISQUE UTENDI PRAECEPTA.

§ 53. *Notionum inter se comparatio.*

Interpretis officium, quod proprie in legis sententia explicanda versatur, per se quidem facile discernitur ab eorum munere, quorum est, ad causas adhibendi leges; unde etiam recte de utroque genere seorsim multa praecipiuntur. Est tamen genus quoddam praeceptorum velut promiscuum atque in medio positum, eorum scilicet, quae ad leges ex earum ratione aut ad similia producendas aut restringendas spectant. Quae, ut vix cogitatione possunt distingui,

nnvi statuitur, id non proderit ei, cujus jam coepta est praescriptio tempore legis latae; contra vero nocebit, quod in incommodum. Nondum enim illi quaesitum est jus, de quo agitur. Alia omnia in iis, qui rei suae jacturam faciant, utpote penes quos jam ab initio fuit actio. — In omnia alia abiit *Weber* § 64 — 67. — Cf. *Bergmann* p. 34. sqq. — Cod. Nap. 2281.

12) *Weber* § 56. — *Georgii* § 15. (p. 171.). — Cf. *Bergmann* § 40.

§ 52.

1) Cf. *J. N. Hertius* D. de lege, clausula ut ne abrogari unquam possit, munita. (Opp. Vol. I. P. III. p. 3. sqq).

2) Cf. § 39. et ib. not. 5. et add. *Voet* comment. ad Pand. Lib. I. Tit. 3. § 41.

3) *Ulpiani* Fragm. I, 3. add. L. 102. D. *de V. S.*

4) L. 80. D. *de reg. jur.*

5) L. 147. D. *de reg. jur.*

6) Arg. c. 1. *de constit.* in 6. (I, 2.) (« Licet Romanus pontifex (qui jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere), constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur; quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta (cum sint facti et in facto consistant), potest probabiliter ignorare, ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem a se noviter editam (nisi expresse in ipsa), non intelligitur in aliquo derogare. »)

7) Arg. L. 41. D. *de poenis* (XLVIII, 19.) — *Thibaut* üb. das Verhältniss besonderer Sätze des älteren Rechts zu neuen Regeln (civilist. Abhandl. — Heidelb. 1814. — Nr. 7.). — Dissent. *Bornemann* Prüfung d. Grundsätze Thibaut's, etc. (Neues Archiv für die Rechtsgelahrtheit in d. Grossherzogth. Mecklenburg. Herausg. von *Nettelbladt* u. *Wachenhusen*. Bd. I. — Rost. 1818. — p. 178. sqq)

8) L. 3. § 5. D. *de sepulchro violato*. (XLVII. 12.) — Cf. *Thibaut* l. l. p. 128. sqq.

9) *A. D. Weber* Bemerkungen zur Beförderung einer gründlichen Theorie der Anwendung des röm. Rechts in deutschen Gerichten (Vers. üb. das. Civilr. Schwer. 1801. 8.) § 16. — Cf. infra. V. 85.

ita multo etiam magis confunduntur re ipsa atque usu, ut neutiquam inter se consentiant JCti, ad utrum potius officii genus referenda sint hujusmodi praecepta, ad interpretis, an ad judicantium? Atque haud scio, an rectius ad interpretandarum legum principia accommodandae sint regulae, quibus non tam de causis in foro tractandis, quam de legum vi ac potestate declaranda quaeritur [1]). Certe neminem fugiet, hanc JCtorum Romanorum fuisse sententiam [2]); ut taceam, de quo similiter inter omnes constat, totum adeo jus illud, quod prudentum auctoritate constitutum est, interpretationis nomen usurpasse [3]). Quae quidem de eorum, quae sequentur, ordine, quo inter se sunt apta, monuisse sufficiat.

§ 54. I. *De juris interpretatione* (*). *Ejus summae divisiones et totius loci constitutio.*

Juris interpretatio omnis aut ad leges pertinet, aut ad privatorum voluntates, tum etiam judicum sententias explicandas. Illam, de qua hoc loco quaeritur, dividunt in *authenticam*, *usualem* [1]) et *doctrinalem*. Atque authenticae quidem interpretationi, quae ab ipso fit legislatore, toties est locus, quoties legum obscuritates ex artis regulis tolli non poterunt (vide § 51. not. 2). In ejusmodi enim ambiguitatibus non permittitur judici, velut interpretaturo, sententiam suam ingerere, non magis, quam ex sola aequitatis ratione ultra legis sententiam progredi [2]). Igitur JCtorum officio interpretatio tantum relicta est ea, quae a doctrinae praeceptis ducitur, atque in legis eruenda indole ac sententia, quae vere est, versatur. Quoniam autem nemo interpretis munere rite fungetur, nisi cui ante exploratum sit de scripturae sinceritate, duas esse hujus disciplinae partes, quivis intelligit: unam, quae aut in exquirenda scripti fide et auctoritate, aut in vitiis ejus emendandis laborat, quod quidem proprium est artis criticae atque interpretationi velut praeparatorium [3]); alteram, qua ipsae interpretandi regu-

§ 53.

1) Vid. *Auctor.* in ephemeridib. jurid. Erlangensib. ed. a. — *Fr. C. C. Schunck* T. VIII. (Erl. 1828.) p. 9. — De facultate, quae judici sit data, inter se dissentiunt auctores. — Cf. *W. Muller* in civil. Abhandl. V. § 7. 8. p. 196. 199. — Vide et infra § 64. 65.

(2) V. c. L. 64. § 1. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 2. § 1. D. *de custod. reorum.* (XLVIII, 3.) verb.: « — sed haec *interpretatio perdura, pernimium severa* est. — »

3) L. 2. § 12. D. *de O. J.* (« — jus civile, quod sine scripto, in sola prudentium interpretatione consistit. — »).

§ 54.

(*) *Fr. Hotomani* Lib. de opt. genere jur. interpretandi (opp. II. p. 1087 sqq.). — *H. Donelli* commentarii jur. civ. Lib. I. c. XIII — XVI. — *Val. Guil. Forster* Interpres s. de interpretatione juris (in *Ottonis* thesauro T. II. p. 945 — 1068.). — *Chr. Henr. Eckhardt* Hermeneutica juris (ed. I. Lips. 1750.), rec. perpetuisque not. illustr. — *C. Fr. Walch* (ed. II. 1779), cur. *C. W. Walch*, 1802. — *Fr. Rapolla* der Rechtsgelehrte, ob über die Art und Weise, wie das Civilr. richtig erlernt u. erklärt wird; aus dem Latein. übers. m. Anmerk. von *L. Fr. Griesinger*. Stuttg. 1792. — *A. F. J. Thibaut* Theorie der logischen Auslegung des Röm. R. Alt. 1799. ed. 2. 1806. — (*Hubner*) Zusätze und Berichtigungen zu den Instit. des Röm. R. p. 171 — 190. — *Jo. Gottfr. Sammet* Hermeneutik d. Rechts, herausgeg. v. *Fr. G. Born*. Lips. 1801. — *K. P. J. R.* Versuch einer Theorie über die Auslegungskunst des Röm. R. Halle 1804. — *K. S. Zachariae* Versuch einer allgem. Hermeneutik d. Rechts. Meiss. 1805. — *Fr. Schoeman's* Handb. des Civilrechts I. p. 65 — 137. — *G. Hufeland* civilist. Abhandl. T. I. Nr. II. p. 1 — 205. — *J. C. Lange* Versuch einer Begründungslehre d. Rechts § 37 — 112. p. 37 — 112. — *W. F. Clossius* Hermeneutik des Röm. Rechts und Einleitung in das Corp. jur. civilis. Im Grundriss. Riga. 1829.

1) § 39. not. 3. Add. *Schoeman* l. l. p. 88. not. b.

2) Aequi disputatio, sive ad ea referatur, in quibus JCto a se ipso consilium erit petendum, sive ad singula juris praecepta vitae usui accommodanda, certis concluditur regulis, ea re propositis, ne judicis officium cum legislatoris partibus commisceatur (§ 43. et infra § 64. 65.). Has igitur regulas nonnunquam insuper habebant JCti Romani, ex sola aequitatis utilitatisque ratione nunc nova jura ingerentes, nunc ea, quae certo erant constituta, rejicientes; quorum licentiam cohibuerunt imperatores. L. 1. C. *de legib.* — L. 9. *eod.* L. 12. § 1. *eod.* — Cf. § 36. not. 5. § 43. not. 8. 9. — L. 2. § 21. in f. C. *de vet. jure enucl.* — Nov. 143. c. 1. pr. in f. — Cf. *Rapolla* l. l. § 74. — *Hübner* l. l. p. 157. et 174. nr. 6. — *Schoeman* p. 87. not. a — inprimis *Hufeland* l. l. p. 44 — 60.

3) *Quinctilian.* instit. orat. I, 4. init.

lae tractantur. Jam igitur primo dicetur de subsidiis utriusque artis communibus, quatenus quidem ad jus Romanum spectant, dein de singulis seorsim videbimus.

§ 55. A. *Quibus ex rebus omnino interpretibus petenda sint praesidia.*

Summa vero subsidiorum, quibus in utraque arte carere non potest interpres, accurata cernitur scripti cognitione, de cujus interpretatione quaeritur. Sunt autem, praeter ea, quae ex omni antiquitatum historiaeque juris cognitione hauriantur, haec fere, ad quae animum attendat potissimum interpres: I) ut de cujusque loci et auctore et aetate [1]) ipsi constet, II) ut veterum JCtorum scholas controversiasque bene norit [2]), tum III) sermonis proprietatem librorum juris satis teneat [3]), nec non IV) formularum usum in jure nostro obviarum probe habeat cognitum [4]). V) Naturam calleat atque indolem singulorum corporis juris Justinianei locorum ac velut membrorum, neque ignarus sit ejus rationis, qua investiget, enuntiata qualia sint et cuinam quodque sit tribuendum, velut, sintne legum, aut SCtorum, aut edicti, aut scriptorum notatorum verba, an commentatorum [5])? tum, in diversorum auctorum sententiis recensendis, quaenam aut comprobentur, aut rejiciantur a JCto, qui eas proferat [6])? itemque illud, utrum pertineant verba ad causae factique constitutionem, an ad juris rationem sint referenda? et quae ex eo genere sunt similia. Praeterea VI) scientem oportet esse interpretem eum eorum, quae de jurium collectione instituenda deque consilii sui ratione praecepit Justinianus, tum, quomodo officio sibi demandato functi sint compositores [7]). Multum etiam adjuvabit interpretem VII) singulorum inter se comparatio locorum, quem Parallelismum vocant [8]), tum vero maxime VIII) inscriptionum (et subscriptionum) utilitas, quae constat potissimum ex tribus his: Primum, ut cujusque loci et auctorem et aetatem et materiam, cui sit adsignandus, exploremus [9]); deinde, ut eorum,

§ 55.

1) *H. Hahn* orat. de usu chronologiae ac historiae! in jure Rom. Helmst. 1740. et in *Wielingii* Jurisprud. restit. P. II. p. 121 sqq. — *Chr. Frid. Ge. Meister* or. de stud. jur. Rom. chronologici diligentius excolendi necessitate (opusculor. syll. — Goett. 1766. — Nr. 11. 12.). — *J. L. E. Puttmann* de ratione aetatis, qua quisque JCtorum veterum, quorum fragmenta Pandectis continentur, vixit, in iis interpretandis habenda; in *ejus* Miscellaneor. libr. singul. (Lips. 1793.) c. 23. — *H. E. Dirksen* üb. die Spuren histor. Krit. u. antiquar. Forschung in d. Schriften der röm. Jur. (in d. Vers. z. Krit. u. Ausleg. d. Quellen des Röm. Rechts. Leipz. 1823. nr. V.).

2) Vid. supr. § 7. not. 12 — 19.

3) *Barn. Brissonii* de verborum, quae ad jus civ. pertinent, significatione, stud. *J. G. Heineccii* et *J. H. Böhmeri*. Hal. 1743. fol. — *Jo. Wunderlichii* additamentorum ad Brissonii opus volumen. Hamb. 1778. fol. — *A. G. Cramer* supplementi ad Barn. Brissonii opus de Verb. — signif. Spec. I. Kil. 1813. 4. — (Cf. *Dirksen* im Rhein. Museum II. p. 42 sqq.) — *J. Gothofredi* Glossarium nomicum Codicis Theodosiani (in calce edit. Cod. Theod. ab ipso adorn.). — *Phil. Vicat* Vocabularium juris utriusque. (ed. 2.) T. I — IV. Neap. 1760. 8. — (Cf. § 7. not. 11.) — Cf. *Hugo* civ. Magaz. IV. nr. XI. — V. nr. V. IX. X. et in argumentor. indice p. XVII — XXVII. - (*Schilling* Bemerk. üb. Röm. R. Gesch. p. 404 — 408.) — *Dirksen* Versuche z. Krit. u. Ausl. d. Qu. d. R. R. nr. II. — *Ejusd.* Beitr. z. Kunde des R. R. Leipz. 1823. Abh. I. II. et VII. — Vid. et supra § 10. not. 13.

4) *Barn. Brissonius* de formulis et solennibus populi Romani verbis libri VIII. ed. nova ex rec. *Fr. C. Conradi* et c. not. *Jo. Aug. Bachii*. Lips. 1754. fol. — *Dirksen* Beitr. z. Gesch. d. Formelwesens bei den Römern (in d. Vers. z. Krit. u. Ausleg. d. Quellen des R. R. nr. I.).

5) *Rapolla* l. l. § 44. — *Car. Traug. Kreyssig* de auctorum et commentatorum verbis in Digestorum interpretatione distinguendis observationes. Lips. 1817. 4.

6) *Rapolla* l. l. § 45 — 47. — 48. — 49. — Cf. infra § 66. nr. 3. et ibi laudd. scriptor.

7) Cf. supr. § 11. nec non *Hufelandi Blumii*que scripta in nota fin. § 10. citt.

8) *Eckhard* l. l. § 13.

9) *Judicia virorum eruditissimorum de usu indicis legum chronologici*, praemissa *Abr. Wielingi* jurisprudentiae restitutae. — *Henr. Haleni* or. de usu chronologiae ac historiar. in jure privato (in jurispr. rest. parte post. p. 121 sqq.).

quae olim inter se juncta erant, nunc vero dissipata ac disjuncta leguntur, nexus, quoad hoc fieri possit, restituatur. Tertium est, ut, quae in uno loco omissa sunt, ex altero suppleantur, quaeque sunt depravata, instaurentur atque rectius intelligantur [10]). Denique IX) hoc quoque loco non est praetereundus versionum, maxime graecarum, in jure Justinianeo interpretando usus [11]).

§ 56. B. *Singulatim* 1. *De iis, quae proxime spectant ad artem criticam* (*). *Propria hujus artis subsidia.*

Criticum inprimis scire oportet ea, quae in juris Justinianei aut partibus distinguendis aut singulis locis restituendis praestiterint recentiores JCti [1]), tum vero maxime notitiam habere et Codicum MSS. et librorum typis evulgatorum [2]), certe praestantiorum, ut quacunque cujusque sit aetas, quae virtutes, quid alter alteri praestet, intelligat. Qui vero Codicibus manu exaratis aliquo cum fructu uti volet, is nec hospes sit in ea arte, quae in exquirenda scripturae ratione cujusque aetatis propria versatur, quo in genere et illud quaeritur: quibus scribendi compendiis uti, tum, quomodo singula verba enuntiationesque distinguere soliti sint librarii [3]). Similiter quae propria sunt librorum impressorum, non ignorare necesse habet interpres, velut haec: quo quisque editor consilio in editione sua adornanda, quibus Codd. manuscriptis et quomodo usus sit, item illud, num ex aliis quidquam petierit suumque fecerit, tum, quam rationem et in comprobandis et in rejiciendis lectionibus secutus sit, denique quales adhibuerit notas, tum ut librorum lacunas indicaret, tum ad ea significanda, quae sibi aut redundare visa sunt, aut ab aliena manu adsuta, aut omnino esse falsa ac subditiția [4]). Neque vero ex sola aetate de libri alicujus, vel scripti vel impressi, pretio atque auctoritate statuendum erit, quippe de quo argumentis aliunde depromtis constet necesse est.

10) *Jac. Labitti* usus indicis Pandectarum (jurisprud. rest. p. post. p. 1 sqq.).—*Henr. Brenkmanni* D. de legum inscriptionib. (ibid. p. 145 sqq.).—*Bern. Henr. Reinoldi* or. de inscr. LL. Digest. et Cod. (ibid. p. 177 sqq.).—*Jo. Sal. Brunnquell* de utilitate ex diligenti comparatione inscript. in Dig. capienda (opusc. p. 221—250.). — *Eckhardus* et *Walchius* de inscriptionib. et subscriptionib. legum, earumque recto usu in interpretatione legum (Hermeo. juris P. I. c. V.). — Cf. *Auctoris* Cession d. Forderungen. § 54. not. 81. (ed. 2.).

11) Vid. supra § 13. — *Eckhardi* et *Walchii* Hermen. jur. Lib. I. c. VII.

§ 56.

(*) *Guil. Best* ratio emendandi leges Pandectar. Florentinar. auctoritate (ed. *Jo. Wendel Neuhaus*, Lips. 1745.) c. I.—*Eckhard* l. l. cap. 2. — *P. J. A. Feuerbach* Grundlinien zu einer Theorie d. jurist. Kritik u. Beantw. d. Frage: Ist die Kritik dem Praktiker brauchbar? (civilist. Versuche — Giess. 1803.—Nr. III. p. 81—134.).—Cf. *Thibaut* Versuche I. Nr. 16. et log. Interpret. § 44.—*Lange* Begründungslehre des Rechts § 94—106.

1) Vid. supr. § 17. 18.

2) Cf. *Brenkmann* historia Pandectarum Lib. III. c. 2. p. 245—260.—*Eckhard* l. l. § 83. p. 107—114. — *Spangenberg* Einleitung p. 492 — 570. — Cf. *Savigny* Gesch. d. R. R. im Mittelalter T. III. c. XXV. — Prodromus corporis juris civ. a *Schradero, Clossio, Tafelio* edendi (Berol. 1823. 8.) p. 35—121. (§ 1—16.) § 25— 38. (p. 155—223.)—*J. L. G. Beck* indic. Cod. et edition. jur. Justin. Prodr. (Lips. 1823.) p. 7. usq. ad. extr. — Cf. et Zeitschr. für hist. R. W. I. p. 319 sqq. p. 350 sqq. II. p. 100 sqq. p. 271 sqq. III. p. 129 sqq. p. 380. sqq. p. 408 sqq. IV. p. 112 sqq. V. p. 131 sqq. p. 280 sqq. p. 338 sqq.—Rhein. Museum II. p. 275 sqq. p. 390 sq. III. p. 23 sqq. — *F. Blume* Iter Italicum T. I. Berl. 1824. T. II. Halle 1827. T. III. ibid. 1830 et appendices in Rhein. Mus. IV. fasc. II. III.

3) Vid. scriptores de arte diplomatica et inter eos potissimum: *J. Mabillon* de re diplomatica. ed. 3. T. I. II. Neap. 1789. fol. — *Jo. Chrph. Gatterer* elementa artis diplom. universalis. Vol. prius. Goett. 1765. 4. (inprimis § 1 — 228.) — *C. T. G. Schoenemann* Versuch eines vollst. Systems der allgem. besonders älteren Diplomatik. Vol. I. II. Hamb. 1801. 1802. (inprimis Vol. I. § 107 — 168. Vol. II. § 169 — 192.)

4) *Phil. Friedr. Weis* Etwas über die im Text der Pandekten vorkommenden Zeichen, namentlich die Russardsche Note. Marb. 1793. 4.

§ 57. *Quaedam de arte critica praecepta.*

Dividunt artem criticam in superiorem, ut aiunt, atque inferiorem. Illam vocant, qua de scripti auctore quaeritur, velut sitne illud ei tribuendum, cujus praeferat nomen, an spurium sit subdititiumque? quo etiam ea referenda videtur hujus studii pars, quae est de interpolationibus detegendis revelandisque [1]. Inferior est, quae in depravatae scripturae vitiis horumque emendatione versatur. Cujus duae sunt formae. Una, quae sola librorum, aut manu exaratorum aut impressorum comparatione nititur, scilicet in contextum transferendo ex variis lectionibus eas, quas aut liber authenticus, si quis est, suppeditat, aut is, a quo reliqui, quorum inspiciendorum sit opportunitas, tamquam exempla descripti sunt, aut de cujus majori fide aliunde certo constat. Altera est forma, quae conjecturis maxime nititur, cujus itidem plures distinguendi sunt gradus. *Primus* est, e lectionum copia atque varietate optimas quasque eligere, nulla habita majoris auctoritatis ac fidei ratione, quibus inter ceteros hic, ille liber excellat. Quod ut recte judicetur, haec esse observanda videntur: 1) ut reliquis anteponatur ea lectio, quae, ut orationis perspicuitati ac rei, de qua agitur, naturae, ita et auctoris ingenio temporumque rationi magis esse conveniens appareat, tum vitiis scriptum eximat; 2) ut e duobus verbis, quorum utrumque aeque sit admittendum, id potissimum accipiatur, quod a communi atque vulgari usu plurimum recedit [2]. *Alter* hujus conjecturalis doctrinae gradus in regularum, quae de recte legendis Codicibus manuscriptis proponuntur, usu continetur, quatenus scilicet ad emendanda librorum impressorum vitia adhibendae sunt. Quod quidem critici munus duabus his potissimum rebus cernitur: altera, quae in singulis et syllabis, et verbis, et enuntiationibus apte congruenterque aut distinguendis aut conjungendis; altera, quae in siglorum, geminationum [3], aliorumque scripturae compendiorum explicatione vertitur. Qua in re inprimis interpreti cavendum, ne suo velut jure tale, quid affingat librariis, neu minime usitatis illos esse usos statuat scribendi figuris, nisi ejus rei certissima adsint vestigia [4]. *Tertius* est gradus, cum ex meris conjecturis argumenta ducuntur. Cui ut omnino locus relinquatur, necesse est, primum, ut scripturae aliquod vitium adesse [5]; tum, quanam ex causa illud profectum sit, solidis rationibus commonstretur; deinde, quibus modis fieri possit emendatio, doceatur; denique efficiatur, ut, quam sit apta emendatio proposita ad vitium tollendum, quamque conveniat et auctoris consuetudini et temporum rationi, appareat [6].

§ 58. 2. *Legum interpretandarum ars ratioque.*— a) *Artis divisio: grammatica et logica interpretatio atque utriusque vis.*

Licet omnis interpretatio in orationis eruenda sententia versetur, duplex ta-

§ 57.

1) Vid. supr. § 11. not. 16.— Cf. *Eckhard* l. l. Lib. 1. c. VI.

2) Exempl. vid. in *Hugon.* Rechtsgeschichte p. 394. lin. 23 sqq. (ed. XI.)

3) De geminationum in legibus emendandis usu vid. inprimis *Best* l. l. c. XI sqq. — *Cramer* kleine kritische Bemerkungen; in der Zeitschr. für histor. R. W. I. Nr. XII.

4) [Minus frequenter occurrunt quasigeminationes; quibus parius abbreviandi causa scribae usi esse videntur. Cf. *Best* l. l. c. XV sqq. E. G.]

5) Quam caute sit agendum, ne temere ad lectionis emendationem procedamus, e specie quadam insigni, apud *Gellium* (1, 7.) proposita, intelligi poterit.

6) [V. c. L. 16. D. *de pecul.* (vid. *Auctoris* obs. jur. R. c. I. § 9. p. 22.) et L. 156. § 1. D. *de reg. jur.* (v. *Auctoris* Cession der Ford. Rechte. § 54. not. 81.). E. G.]

men hanc in rem ineunda esse videtur via ac ratio. Una, qua, quid scriptum dictumque sit, ex ea, quae per se verbis inest significatione, tum ex orationis structura et connexione definiatur. Altera, quae ad voluntatis quaestionem referenda est, tum vero maxime in legis ratione et exquirenda et ponderanda versatur. Vocant illam *grammaticam,* hanc *logicam* interpretationem [1]). Quamvis autem ea, quae a grammatica ratione ducitur, omnis interpretationis est caput ac fundamentum [2]), adeoque ubi verborum sententia probari potest et verba nullam habent ambiguitatem, a sensu literali standum est, nec ulla voluntatis conjectura admittenda [3]); tamen, quoniam ex imbecillitate humana linguarumque penuria saepius fit, ut scribentium voluntates minus plene ex sola verborum interpretatione capiantur, illud efficitur, quod quibusdam valde abhorrere a vero videtur [4]), ut grammatico interpretandi generi alterum adjungi, quod ad voluntatis conjecturam potissimum pertineat, necesse sit [5]). Multo vero minus de eo licebit dubitari, scilicet verbis utique sententiam legis ante esse ponendam [6]): nam prior ac potentior est, quam vox, mens dicentis [7]). Caeterum, cum usu quidem duae hae interpretandi formae plerumque inter se sint aptae alteraque in alteram implicata, genere tamen et doctrina eas esse diversas, id, qui modo diligenter utriusque naturam cognoverit, facile intelliget.

§ 59. b) *Grammatica interpretatio.* α) *Orationis obscuritas.*

Scripti obscuritas aut ex scribentium errore nascitur, aut ex verborum positu [1]), aut ex usu verborum obsoletorum, barbarorum, incognitorum,

§ 58.

1) *Thibaut* logische Auslegung § 3. —Quocum nomine quidem dissentiunt, re ipsa consentiunt *Hübner* l. l. § 12. et *Lange* § 44. — De aliis, quae quondam a JCtis recentioribus circumferebantur interpretandi formis (velut *dialectica, rhetorica, historica, poetica, arithmetica, geometrica, physico-medica,* etc.) vid. *Forster* l. l. Lib. I. c. 3. sqq.

2) *A. J. Ernesti* pro grammatica interpretatione (opusc. philolog. crit. Lugd. Bat. 1764. p. 219 sqq.).

3) *Cic.* de invent. II, 44. («Cum scriptum aperte sit, —judicem legi parere, non interpretari legem oportere.»)—L. 1. § 20. D. *de exercitoria actione.* (XIV, 1.) («In re dubia melius est, verbis edicti servire.») —L. 25. § 1. D. *de legat.* 3. («Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.»)—L. 69. pr. *eod.* — Cf. *Auctoris* Beurtheil. des Städelschen Beerbungsfalls p. 33 — 37.

4) Sunt enim, qui omnem interpretationem esse grammaticam contendant, velut *Ernesti* l. l.—*Bach* unparth. Kritik üb. jurist. Schriften Bd. II. St. I. p. 9. — Cf. *Wenck* jurist. Encyklopädie § 157. — Contra vero *Schoemanus* non esse interpretationem opinatur, nisi logicam, l. l. p. 87.

5) Hinc est, quod toties scripti ac voluntatis controversiae apud *Ciceronem, Auctorem ad Herennium* aliosque veteres scriptores mentio injicitur.—Cf. *Quinctil.* inst. or. XII, 2. («quaestio juris omnis aut *verborum proprietate,* aut aequi disputatione, aut *voluntatis conjectura* continetur.») — L. 96. D. *de reg. jur.* («In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.») — L. 6. § 1. D. *de V. S.* «verbum *ex legibus* sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis.»

6) *Cic.* or. pro Caecina (per tot. inprim. c. 18—22.) —*Auct. ad Herenn.* II, 10. («dicemus, calumniatoris esse officium, verba et literas sequi, negligere voluntatem.») —*A. Gellius* noct. att. XI. 12. («nec aliud dici videri debet, quam quod se dicere sentiat is, qui dicit.») — L. 17. D. *de legib.* («Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.») — L. 19. D. *ad exhibend.* (X, 4.) («— non oportere jus civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire.»)—L. 13. § 2. in m. D. *de excusat.* (XXVII, 1.)

7) L. 7. § 2. D. *de supellectile legata.* (XXXIII, 10.)

§ 59.

1) Exempl. vid. ap. *Ciceron.* de invent. II, 40. «Heres meus uxori meae vasorum argenteorum pondo centum, *quae volet,* dato.» —Cf. *Auct. ad Herenn.* (I, 12.) — L. 14. pr. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.) «Sejo *cum ducentis, quae apud eum deposui, trecenta lego.*»—L. 52. § 7. D. *de leg.* 3. («— libros bibliothecam non sequi.») — L. 9. *de alim. et cibar. legat.* (XXXIV, 1.) («eos alere te volo.»)—Cf. *Radulph. Fornerii* rer. quotidianar. Lib. IV. c. 17. (in *Otton.* thesauro II. p. 242.). — *Zachariae* lib. quaestion. Qu. 5.

aut ex eo, quod oratio sit indefinita, denique ex verborum vel singulorum vel conjunctorum ambiguitate [2]). Indefinitam vocamus orationem, quae, nulla licet verborum ambiguitate intercedente, certis tamen limitibus non est determinata, velut eam, quae aut ad diversas res personasve trahi poterit, aut in quantitate, numero, tum etiam in tempore habet aliquid ambigui [3]). Amphiboliarum autem tria sunt genera: unum, quod ambitu, alterum, quod verborum proprietate, tertium, quod usu definitur. Ambitu, si idem vocabulum et ad genus et ad ejusdem generis species pertinet [4]). Verborum proprietate ita, ut propriae ejusdem vocis significationes ab impropriis s. translatis distinguantur [5]). Usu item dupliciter. Nam aut loquendi consuetudo vulgaris, i. e. omnium communis, discernitur a singulari, seu propria alicujus vel personae vel disciplinae [6]), aut magis usitatae et velut legitimae verbi significationes ab his separantur, quae minus sunt in usu [7]).

§ 60. β) *Ipsius artis praecepta* (*).

Generatim autem ad orationis obscuritatem tollendam haec esse praecipienda videntur: primum, ut antecedentium et consequentium connexionis diligens ratio habeatur [1]); deinde loca, quae vocantur parallela, sedulo comparentur (§ 55. Nr. VII); tum animus attendatur ad ea, quae aut disciplinae, de qua quaeritur, aut scriptori, aut aetati, aut loco, aut iis, quibus quid scriptum sit, conveniant [2]); denique sibi persuasum habeat interpres, a regulis loquendi scribendique communibus praeter necessitatem non recessisse legislatorem. Cui consequens est, 1) ut ex variis verbi significationibus, per se quidem aeque probabilibus, ea potissimum accipiatur, qua magis inter se sint apta singula orationis verba enuntiataque, magisque conveniant iis, quae alibi proponuntur [3]); 2) significatio propria anteponatur translatae, itemque vulgaris singulari [4]), nisi aut impropria magis sit usitata, aut de alia vel scriptoris vel loci consuetudine certo constet [5]). Praeterea 3) non curet interpres grammaticus significationes singulares

2) *Quinctil.* inst. or. I, 5. VIII, 2. et inprim. de amphibol. VII, 9. — Cf. *A. Gellius* noct. att. XI, 2.

3) Exempl. vid. in L. 23. D. *de S. Pr. urb.* (VIII. 2.) — L. 21. § 1. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — L. 39. § 6. D. *de legat.* I. — Nov. 107. c. 1. (verb.: *coram testibus*).

4) Velut: *actio* (L. 37. pr. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 178. § 2. D. *de V. S.*); — *familia* (L. 195. § 2. *eod.*); — *pecunia* (L. 222. *eod.*); — *adoptio* (L. 1. § 1. D. *de adopt.* I, 7.) etc.

5) Velut: *familia* (L. 195. § 1. D. *de V. S.* «familiae appellatio et in res deducitur»); - *usurpare*, *postulare*, *praescribere*, aliaque, quae simul cum iis, quae JCtis fuerunt propria, plenius cognoscentur ex *Dukero* (opusc. de latin. JCtor. veter. inprimis p. 318 sqq.) et *Eckhardo* l. l. § 112.

6) Est tamen nonnumquam *impropria* significatio vulgaris, velut *possessionis* vocabulum, pro *proprietate*. — L. 78. D. *de V. S.* — [Sunt et quorum significatio derivata saepius occurrit. v. c. in voce «persona.» *A. Gellius* noct. att. V, 7. E. G.]

7) Aeque usitatarum significationum exempla vid. in L. 204. et 215. D. *de V. S.* — L. 52. § 7. 8. D. *de leg.* III.

§ 60.

(*) *J. H. Boehmer* de interpretationis grammaticae fatis et usu vario in jure Rom. (praem. *Brissonii* de Verb. signif. operi.).

1) *Cic* invent. II, 40. («Deinde ex superiore et ex inferiore scriptura docendum, id, quod quaeratur, fieri perspicuum. Quare si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia, aut pleraque, ambigua visum iri.») — L. 24. D. *de legib.* «Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.»

2) L. 50. § 3. D. *de legat.* I. — Cf. *A. Gellius* XI, 2. — *Ernesti* opusc. phil. crit. p. 9.

3) L. 19. D. *de legib.* («In ambigua voce legis ea accipienda est significatio, quae vitio caret.») — Cf. § 32. not. 7. 8.

4) *Cic.* l. l. («— demonstrandum est, non esse ambigue scriptum, propterea quod omnes in consuetudine sermonis sic uti solent eo verbo uno, pluribusve in ea sententia, in qua is, qui dicet, accipiendum esse demonstrabit.») — Cf. L. 52. § 4. 5. 6. D. *de legat.* 3. — L. 7. § 3. D. *ad Sct. Mac.* (XIV, 6.)

5) L. 9. pr. D. *de tritico, vino v. oleo leg.* (XXXIII, 6.) — L. 3. § 5. D. *de supellectile leg.* (XXXIII, 10.)

ejusmodi, quae per certam ac determinatam vocabulorum vim et potestatem tribui illis plane nequeunt [6]). Denique 4) generalior vocabuli sensus praeferendus est speciali [7]), nisi hic vel usitatior sit [8]), vel verborum sententiarumque juste inter se nectendarum rationi magis conveniat. Atque idem de propositione indefinita dicendum esse videtur, scilicet ut pro generali sit habenda [9]), nisi inextricabilis inde emergat dubitatio, quae vel omnem impediat interpretationem [10]), vel non sinat, ut intra certos fines concludatur oratio [11]). Quod si igitur harum regularum usu aut non commodus sensus erui potest, aut verborum ambiguitates tolli nequeunt, tum aliunde interpretandi rationem esse petendam judicabimus.

§ 61. c) *Logica interpretatio.* α) *Comparatio verborum et sententiae.*

Legis sententia vel latior est verborum sensu, vel angustior, vel ab eo non discrepat. Si latior est, sensus literalis producitur, quam dicunt interpretationem extensivam. Sin angustior, restringuntur verba, i. e. ad sententiam revocantur, unde interpretatio restrictiva appellata. Quod si haud discrepare legis sententiam a scripto appareat, tum aut nihil in lege inesse dubitationis dicemus, aut quomodo sint resolvendae verborum et singulorum et conjunctorum ambiguitates ostendemus, aut, quae singulorum enuntiatorum sit propria indoles explicabimus, et cuinam quodque tribuendum auctori (§ 55. Nr. IV). Constat autem sententia s. mens 1) legis ex his duobus: primum, argumento legali, eoque, quod ex hoc aptum pendet; deinde, scripti ratione, quodque huic est consequens. Argumentum legale vocamus juris praeceptum, de quo sanciendo cogitavit legislator. Legis autem rationem intelligimus principium illud, e quo, tamquam e lege quadam superiore, lex aliqua profecta est; cui plerumque respondet legislatoris consilium, quod sibi proposuerat consequendum [2]). Neque vero cum his commiscendae sunt ejusmodi rationes, quibus in singulis causis dijudicandis usi sunt juris nostri auctores, quippe quae in praeceptorum juris numero merito habendae, adeoque ad ipsum argumentum referendae legale sint [3]). Jam igitur duplex erit rationis legis in legibus interpretandis usus [4]). Alter, qui in argumento legali eruendo itidem versatur, tantum valet,

6) L. 7. § 2. D. *de supell. leg.*—L. 3. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.)—*Lange* l. l. § 46. not. e.

7) L. 1. § 3. D. *de aleator.* (XI, 5.)—L. 8. D. *de auro, argento, etc. legatis.* (XXXIV, 2.)—L. 220. § 1. D. *de V. S.* — Hinc proverbium istud decantatum: *Lege non distinguente nec nostrum est distinguere.*

8) Velut in L. 7. § 3. *ad Sct. Mac.* (« verba videntur mihi ad *numeratam pecuniam* referri; ait enim Senatus: mutuam *pecuniam* dedisset. ») —L. 195. § 2. D. *de V. S.*

9) L. 23. D. *de Serv. pr. urb.* (VIII, 2.)

10) Velut in exemplis, quae L. 21. § 1. D. *qui test. fac. possunt* (XXVIII, 1.) et L. 39. § 6. D. *de legat.* I. proponuntur.

11) e. gr. in L. 3. D. *si pars heredit. petat.* (V, 4.) — Nov. 107. c. 1.

§ 61.

1) L. 32. § 16. D. *de don. int. vir. et uxor.* (XXIV, 1.)— L. 47. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.)— L. 30. § 4. D. *de fideicommissar. libertatib.* (XL, 5.)—Cf. *Brisson.* de V. S. voce *mens* § 4.

2) De variis hujus vocabuli significationibus v. *Thibaut* l. l. § 16.—*Hufeland* l. c. p. 13 — 25.

3) Arg. *Ciceronis* or. Philipp. IX. c. 1. in f. («Non exempla majorum quaerenda, sed consilium est eorum, a quo ipsa exempla nata sunt, explicandum.»)-Cf. § 45. et § 67. nr. 1.—Caeterum nihil mutatur legis rationis, quae proprie dicitur, natura, sive in ipsa lege exposita, sive argumentis aliunde adsumtis eruenda sit, itemque, sive regula sit ejusmodi, quae ipsa ut juris praeceptum sanciri potuisset atque constitui, sive ex personarum aut rerum conditione naturali petita, quo ex genere supra (§ 44. not. 3.) exempla quaedam prolata sunt, quibus addenda L. 9. §. 2. D. *de contrah. emt.* (XVIII, 1.)

4) At rationum, e quibus profectae sint leges, vim esse aliquam atque in legibus interpretandis usum, omnino sunt, qui negent, velut *C. J. Guyet* Abh. aus d. Gebiete des Civilr. (Heidelb. 1829.) Nr. VII.

quantum aliae conclusiones, quibus colligimus cogitationes, quas cum verbis suis conjunxerit legislator. Alter vero, quo, quid ultra conveniat legis rationi, intelligitur, quoniam latissime patet, suis certis ac propriis cancellis circumscribatur necesse est, ne legislatoris quodammodo partibus fungatur JCtus, tum evertendo legem, quam, si sibi consentaneus fuisset legislator, sic non instituisset, tum alia ex aliis in infinitum ratiocinando. Quod si ab hisce limitibus discesseris, simile quoddam apparebit discrimen inter hujusmodi ratiocinationes et argumentum legale, quale inter sententiam legis intercedit ac scriptum, siquidem ratiocinando saepius efficitur, ut illud ipsum juris praeceptum aut dilatetur, aut impediatur et velut cancellis circumscribatur (cf. § 64. 65. 67.).

§ 62. β) *Quomodo argumentum legale constituendum sit atque explicandum, 1) generatim quaeritur.*

Omnino, ubi voluntatis interpretationem desiderant leges, id primum videamus, num animi sui sententiam alio loco significaverit legislator, sin minus, conjecturis, quid ille senserit, assequendum erit. Conjecturae autem capiendae sunt a causa [1]), a persona [2]), a loco [3]), ab eo, quod plerumque fieri solet [4]), a temporibus [5]), ab antecedentibus et consequentibus [6]), a similibus [7]), maxime vero a legibus prioribus [8]), a contrariis, denique ex legis ratione consilioque legislatoris. Quaecunque igitur ex his efficiuntur, ea perinde valebunt, atque si aperte de iis cautum esset lege, nisi quis, ipsum argumentum legale prorsus insuper habens, id dumtaxat defendat, quod legis rationi consentaneum sit. Inprimis autem, qui sententiam defendet contra scriptum, his duobus potissimum utetur argumentis, quae quidem eo nituntur, quod prudenter omnia ac circumspecte legislator scripsisse existimatur [9]). Et *primum* quidem est, ut ejus, quod constitutum est, in re contraria contrarium quoque voluisse legislatorem statuamus, quod argumentum a contrario vocant. Ex quo pendent regulae hac, altera : « cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat » [10]); altera : exceptio firmat regulam in causis non exceptis [11]), quae quidem regula, maxime

Et cum varia sit atque anceps vocaboli significatio, haud sane difficile est, unam et alteram ejus invenire notionem, quae nullum habeat in legibus interpretandis usum. Quo in genere sunt cum summae rationes, velut ad rem politicam spectantes, tum incertae ac vagae istiusmodi, quali utitur Justinianus. L. ult. C. *de testam.* (VI, 23.)

§ 62.

1) *Cic.* invent. II, 40. in f. — Cf. *Rapolla.* l. l. § 66.

2) *Cic.* l. c. (« Deinde, quia in sententia scriptor fuerit, ex ceteris ejus scriptis, factis, dictis, animo atque vita ejus sumi oportebit. ») — L. 168. § 1. D. *de reg. jur.* (« Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusquam capit interpretationem. ») — L. 27. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV, 1.)

3) L. 34. D. *de reg. jur.* — L. 21. § 6 in f. D. *qui test. fac.* (XXVIII, 1.) (vid. not. 6.).

4) L. 114. D. *de reg. jur.* — L. 41. pr. D. *de V. O.* (XLV. 1.) — L. 28. § 5. D. *de judic.* (V, 1.) — L. 3. D. *si pars hered. petatur.* (V. 4.)

5) *Cic.* de invent. II, 41. in f. et 42.

6) L. 24. D. *de legibus.* — *Gaji* inst. III. § 218. — § 15. I. *de lege Aquilia.* — L. 21. § 1. in f. D. *qui testam. fac.* (XXVIII, 1.) (« — conjectionem fieri — vel *ex vicinis scripturis,* vel ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis. ») — L. 13. C. *de fideicommiss.* (VI, 42.)

7) *Quinctil.* inst. or. VII, 6. (« Fieri tamen potest, ut ex aliis legibus exempla ducamus, per quae appareat, semper stari scripto non posse. ») — Cf. *Cic.* or. pro Caec. 19. — Quod argumentandi genus appellatur inductio. *Cic.* invent. I, 31. Top. 10.

8) L. 35. pr. C. *de inoff. test.* (III, 28.) — L. 18. in f. C. *de testib.* (IV, 20.) — Hinc paroemiae : lex posterior ex antiquiori, — lex particularis ex communi jure interpretanda est.

9) L. 1. § 2. D. *quod quisque jur. in alter.* (II, 2.) (« *Verba — cum effectu accipimus,* non verbotenus. »)

10) L. 22. D. *de legib.* — Exemplum vid. in *Cic.* or. Philipp. VIII. c. 11. in f. — Cf. Glossa ad L. 22. cit. — *Ant. Muretus* ad eund. loc. (in *Ottonis* thesaur. IV. p. 191). — *H. Donellus* l. I. 1, 14. § 4. — *Corn. v. Bynkershoek* obs. jur. Rom. Lib. VIII. c. 35. nr. 2.

in jure Justinianeo interpretando, non sine cautione adhibenda est [12]. *Secundum* est in eo positum argumentum, ut nihil absurdi, nihilque, quod voluntati atque consilio legislatoris manifesto adversetur, admittamus. Unde haec colligi poterunt: 1) ut, quae in alicujus commodum introducta sunt, ne ad ejusdem incommodum trahantur [13], et vicissim, ut ne melior ejus conditio reddita esse videatur, cujus ad incommodum quid statutum est [14]; 2) ut, quod in causa aliqua cui concessum est, ideo non minus concessum videri possit, quod huic causae alia etiam ac major adeo accedat [15]; denique 3) ut ea quoque, quamvis de iis nihil aperte dictum sit, quibus non adscriptis res, de qua agitur, consiliumque legislatori propositum, ad effectum perduci nequeat, pro cautis habeantur ac praescriptis [16], ex quo etiam illud aptum est, ut ne quis verba legum aucupando legislatoris voluntati illudat [17].

§ 63. 2) *Singulatim de legum aut ambigue aut indefinite scriptarum interpretatione* (*).

In verborum aut singulorum aut conjunctorum ambiguitate, tum etiam orationis indefinitae obscuritatibus haec maxime observanda sunt interpreti: primum, ut accommodate ad legem antiquiorem intelligat posteriorem (§ 62. not. 8. et § 685. not. 10); deinde, ut is sensus praeferatur, qui juris communis rationi magis conveniat [1], neque ab aliis legibus dissideat [2]; tum is, qui et rei, qua de quaeritur, aptior sit [3], et ad vitae consuetudinem usumque hominum communem propius accedat (§ 62. not. 4.); praeterea ex pluribus sententiis ea accipiatur, qua res, de qua agitur, valeat magis quam pereat [4]; denique benignior interpretatio anteferatur severiori [5].

§ 64. γ) *Analogia.*

A scripto ad id, quod nuspiam scriptum est, pervenimus dupliciter. Uno modo,

11) *Cic.* or. pro Balbo c. 14. (« Quod si exceptio facit, ne liceat, ibi necesse est licere, ubi non est exceptum. ») — L. 1. pr. D. *de his, qui sui vel alieni jur.* (I, 6.)—L. 1. pr. D. *de officio ejus, cui mandata est jurisdict.* (I, 21.) — L. 18. D. *de testib.* (XXII, 5.) (« Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere.»)—L. 12. § 43. D. *de instr. vel instrum. legat.* (XXXIII,7.)—L.8. D. *de accusat.* (XLVIII, 2.)

12) *Auctoris* Diatr. im Archiv. f. civilist. Praxis II. p. 427. 428.

13) L. 25. D. *de legib.*—L. 2. D. *de lege commissoria.* (XVIII,3.)—L.5.§5. D. *de carbon. edicto.* (XXXVII,10.)—L.19 in f.C. *de fide instrument.* (IV, 21.) — Cf. *H. Donellus* l. l. I, 13. § 10.

14) L.1. § 4. D. *de publicanis.* (XXXIX,4.)—L. 7. § 21. D. *de interd. et rel.* (XLVIII. 22.)

15) L. 13. § 2. D. *de excusat.* (XXVII, 1.)

16) Arg. L. 2. D. *de jurisdict.* (II, 1.)—Pr. I. *de hered. inst.* (II, 14.)—L. 56. L. 62. D. *de procur.* (III, 3.)— L. 3. § 3. D. *de servit. praedior. rustic.* (VIII, 3.)

17) L.7. § 3. D. *ad Sct. Macedon.* (XIV, 6.)—Cf. *H. Donellus* l. l. I. 14. § 5.

§ 63.

(*) *H. Donellus* l. l. c. 15. maxime inde a §pho 6.

1) a) *Auctoris* Cession der Forderungsrechte p.321—324. p.329.—330. (ed.2).—(L.2.C. *de luit. pignor.* (VIII, 31.) — b) L. 10. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.) « Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. »)

2) C. *tanta* § 15.— Nov. 158. c. 1.

3) L. 67. D. *de reg. jur.*—L. 19. D. *ad exhib.* (X, 4.)—Sic etiam in C.C.C. art. 125. strictior vocis *Brenner* significatio est anteponenda. —Cf. *Rapolla* l. l. § 66.

4) L.19. D. *de legib.*—L. 13. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) —Cf. *Jos. Averanii* interpr. jur. Lib. V. c. 10.

5) L. 18. D. *de legib.* (« Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur. ») —L. 56. *de reg. jur.* (« Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.»)—(L. 90. *eod.*—L. 40. pr. *de hered. pet.* (V,3.)— L. 10. § 1. D. *de reb. dub.* (XXXIV,5.)—L.42. D. *de poenis.* (XLVIII.19.) (« Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae.»)—L. 155. § 2. D. *de reg. jur.* —Cf. *H. Donellus* l. l. c. 15. § 11. 12.—*Rapolla* l. l. § 69. 70.

cum non satis lege esse cautum dicimus id, quod exprimi voluit legislator; altero, cum in ipso non consistimus argumento legali, sed ratiocinationibus ad similia prolabimur [1]), quam quidem *analogiam* vocant [2]). Quae licet ad voluntatis quaestionem et ipsa quodammodo pertineat (§ 42), tamen uterque concludendi modus eo inter se differt, quod superiore illo legislatoris voluntatem, quasi involutam, non nisi explicamus (§ 62), contra vero analogia praeter legis argumentum novi aliquid inducimus, ideo, quod id quoque voluisse legislatorem probabile sit; quae quidem res est et discriminis et cautionis plenissima (§ 61). Est autem duplex analogiae genus, inter se ipsum tamen, et ratione et fine, conjunctissimum. Unum, cum legis argumentum ad similes causas transferimus [3]); alterum, cum argumento legali simile quoddam, cui eodem modo legis ratio convenit, ita adjungimus, ut illud quodammodo augeatur et velut expleatur [4]). Atque in utrumque hocce genus convenit tritum illud sermone proverbium: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio.* Neque vero sola utriusque causae cognitio sufficit, ut ad similia procedatur, sed in ipsis rerum argumentis talis insitsimilitudo et cum ratione legis convenientia necesse est, ut non possit non par aut simile jus in utramque convenire [5]), nec praeterea quidquam aut incommodi aut impedimenti legis rationis usus in aliis quoque causis habeat [6]). Quod si haec in unum concurrunt, lex, de qua quaeritur, una cum suis exceptionibus, ad similem causam transferetur [7]). Caeterum, quae in pari ratione inest vis, ea insit etiam oportet in majori ac fortiori, si qua est in causa simili [8]). Quemadmodum autem analogiae usum prohibere potest legislator [9]), sic tacita quaedam prohibitio inest in iis legibus, quas ad alias causas trahi, quam quae in ipso argumento legali continentur, non est verisimile voluisse legislatorem.

§ 64.

1) *Cicero* or. pro Caecina c. 21. (« Omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una atque eadem causa aequitatis. ») *Cic.* Top. 4. (« Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat.»)— L. 10— 13. D. *de legib.*—Cf. *Rapolla* l. l. § 89.

2) Accommodate ad veterum etymologiam. Vid. *Varro* de lingua lat. b. v. (in *Gothofredi* auctor. lat. ling. p. 99 sqq.) et *Isidorus* orig. Lib. I. c. 27. (ib. p. 840).—*Quinctilian.* inst. or. I. (« Analogiae haec vis est, ut id, quod dubium est, ad aliquid simile, de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probet. ») *Gellius* noct. att. II, 25. («Ἀναλογία est similium similis declinatio, quam quidam latine proportionem vocant. ») — A qua quidem verbi notione nonnulli deflectunt, quorum opiniones recensuit *Thibaut* l. l. § 28.—Add. *J. C. F. Meister* Vorerkenntnisse u. Instit. des positiven Privatrechts (Zülich. 1810) § 164, qui, post alios, analogiae vim in legum similium argumentis comparandis earumque communi, si qua est, ratione eruenda, positam esse censet.— Cf. *Jordan* Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch etc. (Archiv f. civilist. Pr. T. VIII. diss. IX.) p. 223—226. et *G. Müller* civilist. Abhandl. T. I. p. 197 sqq.

3) Exempla occurrunt in *Ulp.* Fr. Tit. XI. § 3. 5. Tituli Inst. *de legitima patronorum tutela* I, 17. et *de legitima parentum tutela* I, 18.— L. 34. § 7. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — *Gaji* Inst. III. § 74 — 76.

4) Exempli loco sint: L. 7. § 2. D. *de jurisd.* (II, 1.)—L. 16. D. *de sponsalib.* (XXIII, 1.)—L. 47. D. *soluto matrimon.* (XXIV, 3.) — L. 10. D. *de reg. jur.* — § 3. I. *de emt. vend.* verb.: « nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est. »

5) L. 2. § 29. D. *ad Sct. Tertyll.* (XXXVIII, 17.) « Quid? si curatores non petiit? verba rescripti deficiunt, sed dicendum est, *si quidem impuberibus curatores non petiit, eandem esse rationem: si jam puberibus, cessare debere.* »

6) Unde sponte intelligitur, quid de legis Rhodiae in aliis causis usu statuendum sit. Vid. *Voet* Pand. XIV, 2. § 18. — *Thibaut* l. l. p. 81.

7) L. 32. § 16. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV 1.) (verb.: « nam quae ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum implorabit.» —Cf. not. 22. edit. *Geb. Sp.* ad h. l.)

8) *Cic.* Top. 4. («Quod in re majore valet, valeat in minore; item contra: quod in minore valet, valeat in majore.»)—*Quinctil.* VII, 8. (« In hoc genere haec quaeruntur: an, quoties propria lex non est, simile sit utendum, an id, de quo agitur, ei, de quo scriptum est, simile sit. *Simile autem et majus est, et par, et minus.*»)—L. 21. D. *de reg. jur.* («Non debet cui plus licet, quod minus est non licere.») — L. 26. L. 110. pr. L. 163. L. 165. *eod.*—*Gaji* inst. III. 70. — L. 32. pr. D. *ad Leg. Aquil.* (IX, 2.)—L. 22. § 3. D. *ad Leg. Jul. de adulter.* (XLVIII, 5.)

9) V. e. L. ult. C. *de revoc. donat.* (VIII, 56.)— Nov. 115. c. 3.—Quae quidem prohibitio non impedit, quo minus pleno sensu atque effectu accipiantur verba.—*Thibaut* l. l. § 18. nr. 5.—Cf. *Hufeland* l. l. p. 190.

Cujusmodi sunt leges novellae, ex parte tantum antiquioribus derogantes [10]), tum vero maxime, quae contra tenorem communis juris introducuntur [11]); quibus simillimae sunt leges, quae hominum libertatem naturalem impediunt et coarctant (§ 41. De eo autem, possintne leges poenales ad similia trahi? necdum inter omnes constat [12]).

§ 65. *d) Legum restrictio.*

Non solum verba legis ad sententiam revocare et potest et debet interpres, verum etiam ab ipso argumento legali recedere, quatenus id scriptoris voluntati consilioque, quod sibi proposuerat legislator, conveniens esse videbitur (§ 45). Quare juris praeceptum quodpiam, sine ulla limitatione propositum, tum maxime erit restringendum, cum tales quoque causarum species complectitur, quae aut manifesto aliis adversantur aequi justique regulis certo agnitis, aut cum ipsa legis ratione legislatorisque consilio pugnant, ut, ipsum eas exceptum fuisse legis auctorem, si modo de iis cogitasset [1]), nullo modo dubitari possit [2]). Caeteroquin fallacissima est regula ista decantata: *cessante legis ratione, cessat lex ipsa* [3]). Neque enim ideo restringenda erit lex, quod uni forte et alteri causae, ad quam legis argumentum pertineat, ex singulari quadam aut hominum aut rerum conditione non apte conveniat ratio legis [4]); ac multo etiam minus insuper habenda est lex, cujus vel plane ignoratur ratio [4a]), vel vetustate abolita est, vel inconstantia laborat ejusmodi, ut eam legem auctor, si secum ipse consensisset, aut omnino non, aut non eo modo fuisset laturus [5]). Nec quicquam pertinet ad interpretationis causam, quod supra (§ 52 in f.) praecepimus,

10) Arg. L. 32. § ult. C. *de appellat.* (VII, 62.) («Quicquid autem hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum omnes intelligant.»)—Nov. 20. c. 9. (Cf. § 52. not. 7. § 62. not. 8. et *Thibaut* § 20.)

11) L. 14. D. *de legib.* («Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.»)—L. 141. pr. D. *de reg. jur.*—L. 162. *eod.* («Quae propter necessitatem recepta sunt non debent in argumentum trahi.»)—L. 23. § 3. D. *de fideic. lib.* (XL, 5.)—Cf. *H. Donellus* l. l. c. 14. § 9. 10.—Dissert. *Fr. C. Conradi* (resp. *C. G. Schulze*) ad Julii Paulli ex libro singulari de jure singulari reliqua (Lips. 1728. 4.) Fr. I. § 10—12.—Vid. tam. *Thibaut* l. l. p. 85. sqq. — Caeterum JCti Romani singularia quoque jura ad similes causas transferre consueverunt, velut in L. 4. D. *de fundo dotali.* (XXIII. 5.) —L. un. D. *de B. P. ex test. milit.* (XXXVII, 13.) — L. 20. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — De privilegiorum interpret. vid. infra § 82. not. 2.

12) Quod quidem fieri posse jure Romano, certo agnitum est L. 7. § 3. D. *ad Leg. Jul. maj.* (XLVIII, 4.) —L. 3. D. *de lege Pompeja de parricid.* (XLVIII, 9.) — Nec obstant L. 42. D. *de poen.* (XLVIII, 19.)—L. 155. D. *de reg. jur.*, quippe quae de legum poenalium in rebus causisque dijudicandis usu loquantur.—Caeterum de hac controversia cf. *Forster* de juris interpret. II, 2. § 4. *Rapolla* l. l. § 87. — *Feuerbach* Revision d. Grunds. u. Grundbegr. d. posit. peinl. Rechts Th. II. p. 16 sqq. — *Thibaut* § 21.

§ 65.

1) Sunt, qui legis restrictionem ex ejusdem ratione prorsus esse rejiciendam censeant, velut *Thibautius* l. l. § 24. Quocum re ipsa consentio, nomine tantum dissentio, siquidem casus quosdam, *de quibus non cogitaverit auctor,* ex *consilio* s. ex *mente legislatoris* excipiendos esse ipse Thibautius auctor est. Quoniam autem mentis vocabulum admodum esse ambiguum nec rationi legis opponendum, verum ad omne logicae interpretationi genus referendum putamus, nos quidem hanc inivimus viam, ut speciem, quam sibi finxit legislator, causas complectentem omnes, de quibus cogitaverit ille, licet forsitan non aperte scripserit, *argumentum legale* appellaremus, rationem autem legis, cum omne id, unde tamquam e principio profecta est lex, tum vero, quaecunque ad legislatoris consilium pertinent (§ 61).

2) *M. Senecae* controv. IV, 27.— *Quinctil.* inst. or. VII, 6. — L. 8. § 6. et 8. D. *de transactionib.* (II, 15.)—L. 11. § 2. D. *de his, qui not. infam.* (III, 2.) — L. 22. D. *de negot. gest.* (III, 5.)—L. 40. pr. D. *de hered. petit.* (V, 3.)— L. 54. pr. in f. D. *mandati.* (XVII, 1.)—L. 6. § 2. D. *de jure patron.* (XXXVII, 14.) — L. 2. § 1. D. *de custod. et exhib. reor.* (XLVIII, 3.)—*A. Vinnii* sel. jur. qu. I, 13.—*A. D. Weber* naturl. Verbindl. § 64. nr. 6. not. 7. — *Hufeland* civilist. Abh. Bd. I. Nr. II. p. 105 — 114.

3) *Weber* naturl. Verb. § 64. — *Thibaut* l. l. § 22. 23. — *Hufeland* l. l. p. 99.

4) L. 3. 4. 5. 6. 8. D. *de legib.* — Cf. *Weber* l. l. §. 64.—*Thibaut* § 23. et ibi alleg. scriptor.

4a) [Vel minus legis dispositioni respondet velut. L. ult. C. *de test.* (VI, 23.) E.G.]

5) L. 20. 21. D. *de legib.* — *Rappola* l. l. § 94.

tolli posse legem propter mutatam aut personarum, aut rerum, aut temporum conditionem. Quid? quod etiam e medio sublato ipso argumento legali, tamen aliquis superesse potest regulae constitutae usus; de quo quidem infra (§ 67) dicetur pluribus [6].

§ 66. d) *De argumento legali e jure Justinianeo, maxime e Pandectis atque Codice, eruendo.*

Cum juris Justinianei libri, a legali praecipiendi ratione magna ex parte remoti, aut speciem prae se ferant scriptorum, quibus de rebus ad artem nostram spectantibus libere disputatur, aut in singulis quaestionibus, ex facto ad definiendum propositis, versentur, idcirco interpreti in legis argumento eruendo saepissime erit allaborandum. Quo nomine ad haec maxime animum attendat juris Romani interpres: 1) ut plerumque non separatim ex se singulos juris Justinianei locos consideret, sed rationem habeat nexus ac seriei, qua singula cujusque tituli fragmenta inter se sunt apta (§ 55. nr. VI.), tum vero maxime sedula similium inter se facta comparatione communem quandam, quae in omnia conveniat, regulam efficiat [1]; 2) ut, quam in singulis causis dijudicandis juris nostri auctores secuti sint regulam [1a], investiget, inventamque ut juris praeceptum, aliis quoque causis quaestionibusque adhibeat [2], nisi aut juris certi atque haud dubii regulae adversentur [3], aut ex ipsis potissimum rerum argumentis judicandi rationem petitam esse, manifesto appareat [4]. 3) Quod si quaestionis alicujus propositae aut in ambiguo relicta est responsio, aut diversorum auctorum responsiones sententiaeque proferuntur, neque loci hujus auctor, cuinam ipse potissimum calculum suum adjecerit, diserte significavit, tum haec maxime attendenda sunt interpreti: primum, num in ipsa interrogationis figura insit quaedam respondendi potestas [5]; deinde, quibus et in affirmando et in negando verborum formulis uti consueverint juris nostri auctores [6], tum ea accipienda est sententia, quae aut ejusdem auctoris opinionibus alibi prolatis, aut juris communis rationi magis conveniens est [7], denique eam adprobasse scriptor censetur sententiam, quam ultimo loco protulit [8]). Cui similis videtur esse unius

6) [Nonnunquam accidit, ut legem cessare necesse sit, vel objecto legis deficiente (veluti servis hodie), vel institutionibus sublatis vel abrogatis (veluti stricti juris judiciis). Sin vero legi causa est, quam hodie applicare possis, rite eam applicaveris. e. g. L. 22 D. *de Donat.* (XXXIX, 5.) E. G.]

§ 66.

1) Cf. § 62. not. 7. § 64. not. 1 sqq. — *Thibaut* l. l. § 32.

1a) « Rationem decidendi » vocant.

2) Cf. § 61. not. 3. — *Thibaut* § 33.

3) Vid. *Auctoris* Cession d. Forderungsrechte p. 125 sqq. p. 172 sq. p. 458 sqq. (ed. 2.). — In ambiguis tamen existimandum, ex juris communis praeceptis de jure respondere aut judicare consuevisse juris nostri auctores. — Vid. *Ger. Noodt* Diocl. et Maximian. c. 2. — *Ejusd.* Jul. Paulus c. 7. — *Eckhardt* Hermeneutik § 221. — *Sammet* Hermeneutik d. Rechts p. 170. — *Auctoris* Diatr. über jur. und facti ignor. (Archiv. f. civilist. Praxis II. p. 427. 428.) — Cf. *Thibaut* § 38.

4) *Auctoris* Diatr. üb. die Priorität des Todes. (Archiv. für civilist. Praxis IV. p. 395. 396.)

5) *C. G. Haubold* (resp. *Geissenhoehner*) observ. de responsorum mediorum in Digestis obviorum interpretatione (Lips. 1805. 4.) c. II. § 8. — (Cf. L. 4. § 1. D. *de eo, quod certo loco* (XIII, 4.) — aliaque exempla ab *Hauboldo* in hujus rei testimonium prolata.)

6) *Rapolla* et *Griesinger* l. l. § 45 — 48. — *Haubold* l. l. c. II. § 1 — 7. — *Kreyssig* in D. supra (§ 55. not. 4.) cit. § 8 sqq. — *C. F. Freiesleben* (Pr. *Hauboldo*) Spec. jur. Rom. de adlegationibus, quae veterib. JCtis in usu fuerunt (Lips. 1820. 4.) c. III. — *Fr. Haenel* comment. de verborum formulis, quibus JCti veteres simul et affirmare et affirmandi rationem significare soliti sunt. (Lips. 1821. 8.)

7) *Rapolla* § 48.

8) Vid. v. c. L. 109. D. *de cond. et dem.* (XXXV, 1.) — *Rapolla* l. l. § 49. — *Haubold* § 10. — Fallit tamen saepissime haec regula, velut in exemplo hujus ipsius rei confirmandae causa a *Rapolla* proposito. — L. 7. D. *commun. praed.* (VIII, 4.)

tantum auctoris, absque ulla assensionis dissensionisque nota, commemoratio. Caeterum 4) locorum ambiguitates accommodate et ad *juris novissimi* indolem[9], et ad tituli argumentum, in quo fragmentum aliquod collocatum est, intelligendae sunt [10]).

§ 67. e) *De legum antiquiorum in novis rerum argumentis usu.*

Potest etiam mutatis temporibus novisque negotiis lex accommodari. Quo in genere plurimum valebit *analogia* s. rerum novarum eventuumque antea incognitorum convenientia cum legis ratione. Quoniam vero legis ratio omnes complectitur causas, quae quandoque in eam cadere poterunt [1]), consequens est, ut non solum rato manente argumento legali [2]), verum etiam hoc ipso de medio sublato, ad novas causas lex possit diduci, dummodo in has quoque apte conveniat ratio ea, unde lex manavit [3]). Adeo fieri potest, ut, licet legis non modo argumentum, in quo proprie vertebatur, verum etiam ratio ab hominum usu novoque rerum ordine alienissima sunt, quaedam etiam supersit utilitas atque vis, siquidem in verbis remansit commodus sensus, isque talis, qui a juris ratione, quae nunc est, minime abhorreat [4]). Quem in locum plura convenient interpretandi praecepta ex iis, quae supra exposuimus [5]).

§ 68. II. *Praecepta quaedam de legum in causis rebusque tractandis usu.*

Inprimis facti quaestionem, quodque actum fuerit [1]), diligenter eruat JCtus, tum, quale huic conveniat juris praeceptum, videat. Atque in eo quidem causarum tractandarum genere, quod aut respondendo, aut cavendo, aut agendo continetur, haec maxime attendere oportebit JCtum: primum, ut accommodate ad factum propositum omnia peragat [2]), neque tamen quidquam curet ea, de quibus quaeri nihil attinet [3]); deinde, si plura in unam eandemque causam conveniant juris vel persequendi, vel conservandi, vel ab adversariorum intentione defendendi praesidia, ut ex his ea seligat ac proponat, quae et plurimum quaerentibus litigantibusve afferant commodi, et minimis aut incommodis aut diffi-

9) Velut L. 9. § 3. D. *de donationib.* (XXXIX, 5.) — Cf. *Savigny* üb. die Lex Cincia (in der Zeitschr. für histor. Rechtswissensch. IV. p. 40.). — Cf. §. 67.

10) *Thibaut* §. 36.

§ 67.

1) L. 26. 27. D. *de legibus.*

2) Velut in eorum, quae de usucapionibus, de hereditatibus, de tutoribus sancita erant, ad praescriptiones, ad bonorum possessiones, ad curatores translatione; quo in genere scatet exemplis jus Romanum.

3) Velut ratione hac: « ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet » (T. Inst. *de legitima patronorum tut.* in fin.), translata ad novum ordinem successionis ab intestato, Nov. 118 c. 5. — Simili quadam ratione L. 9. § 1. D *de donat.* (XXXIX, 5.) etc. ad novissimam donationum earum, quae supra modum fiant, formam poterit transferri (cf. *de Savigny* diatr. cit. de lege Cincia p. 42 sqq.) et quae sunt ex eo genere similia.

4) Exemplo loco sint: L. 29. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — et L. 2. C. *de distr. pignor.* (VIII, 28.), coll. cum *Gaji* instit. II. § 52 — 60. — L. 9. § 3. D. *de donat.* — L. 9. § 1. D. *de jure dotium.* (XXIII, 3.) — — Cf. *de Savigny* l. l. p. 40. 50 — 59, et supra § 65. in f. — Vid. et L. 23. D. *de j. dot.*

5) Velut: standum esse a verborum sententia (§ 58.), — legis, quae quidem intelligi possit, rationem non anxie anquirendam esse (L. 21. D. *de legib.*), — legem eo sensu accipi oportere, quae novissimi juris rationi conveniat (§ 66. in f.).

§ 68.

1) Vid. *Cic.* de or. I. 24. — L. fin. D. *de her. vel act. vend.* (XVIII, 4.) et *Brissonii* opus de V. S. voce *agere* § 14. — Cf. *Weber* ad *Hoepfneri* theoret. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen § 26.

2) Unde toties JCti Romani utuntur formula hac: *secundum ea, quae proponerentur,* hujusque similibus.

3) Vid. *Hauboldi* de responsor. medior. in fug. obvior. interpret. observ. c. II. § 9. in f. — *N. Th. Goenner* Grundsätze der jurist. Praxis (Bamb. 1796.)

cultatibus impediant rem, de qua agitur [4]). Judici vero haec potissimum observanda sunt : 1) ut ne judicandi partes eum agendi cavendique officiis commisceat, neu, quae in facto consistunt, partibus suppeditet, contra vero suppleat ea, quae legibus et publico juri convenient, tum vero apte ad judiciorum finem litigantium actiones moderetur ac dirigat [5]); 2) ut in judicando et personarum conditionis et rerum qualitatis diligentem habeat rationem [6]), et omnino, quantum poterit, aequitati colendae tuendaeque studeat (§ 45) ; 3) ut facilior sit in absolvendo, quam in condemnando, atque in re dubia benigniorem sententiam sequatur [7]), idque non modo in poenalibus judiciis [8]), verum etiam in civilibus [9]), nisi causa sit ejusmodi, cui maxime faveant leges, velut matrimonii, dotis, libertatis, testamentorum, quippe quae in pari re atque ambigua semper erit potentior [10]).

CAPUT IV.

DE RATIONE, QUAE INTER PLURES LEGES VEL CONCURRENTES VEL SECUM DISSIDENTES INTERCEDIT.

§ 69. *Peregrini juris atque domestici comparatio.*

Cum peregrini juris nulla vis sit, nisi subsidiaria, sequitur, ut, si discrepent inter se domestici ac peregrini juris praecepta, illud utique praeferendum sit. Neque earum legum peregrinarum, quae a nostri temporis ratione prorsus sunt alienae, ullus est in Germania usus, neque ad jura Germanorum propria determinanda quidquam valebit jus peregrinum, nisi ex eo genere sit hujus juris praeceptum, quod nec loci alicujus, nec temporis, nec institutorum certorum angustis terminis contineatur [1]). Quod si mixta aliqua ex domestico et peregrino jure exstabit species, tum, siquidem utriusque juris termini certo distingui possint, nec patria quadam lege peregrino juri derogatum sit, ex utroque jure istiusmodi causa erit determinanda [2]). Quoniam vero dubitari nequit, quin peregrino juri apud nos recepto auctoritas velut domestici juris antiquioris tribuenda sit, consequens est, ut patria lex, in eam causam scripta, quae jam peregrini juris decreto definita est, ab hoc ipso, quam minimum poterit, recessisse videatur [3]).

4) *A. D. Weber* Beitraege zu d. Lehre. von gerichtl. Klagen u. Einreden St. II. nr. 10. — Jurist. Journal, herausgeg. von einer Gesellschaft pract. u. theoret. Juristen Bd. I. (Ronneb. 1798.) p. 247. sqq.

5) L. un. C. *ut, quae desunt advocatis partium, judex suppleat.* (II. 11.)—*Goenner* üb. das Verhältniss der posit. Thätigkeit des Richters zu der Willkühr der Partheien (Handb. des deutschen gem. Processes — ed. II. — I, 10.). — Cf. *Cic.* orat. pro Caec. c. 3. — *Gell.* noct. att. XIV, 2.

6) L. 4. § 1. in f. D. *de incendio.* (XLVII, 9.)

7) L. 125. L. 192. § 1. D. *de reg. jur.*

8) L. 155. § 2. D. *de reg. jur.*—L. 5. pr. L. 32. D. *de poenis.* (XLVIII, 19.)—Reg. 49. *de reg. jur.* in VI. (V, 12.)

9) L. 125. D. *de reg. jur.* (« Favorabiliores rei potius, quam actores habentur. »)— L. 47. D. *de obligat. et actionib.* (XLIV, 7.) — L. 38. D. *de re jud.* (XLII, 1.)

10) L. 70. D. *de jure dotium.* (XXIII, 3.)—L. 85. pr. D. *de reg. jur.* — L. 24. D. *de manumissionib.* (XL, 1.) — L. 38. pr. *de re jud.* — L. 5. D. *testamenta quemadm. aperiantur.* (XXIX, 3.)— c. 26 X. *de sentent. et re jud.* (II, 27.)

§ 69.

1) *A. D. Weber* Bemerkungen u. allgemeine Regeln z. Beförderung einer gründl. Theorie vom heutigen Gebrauche des Röm. Rechts in deutschen Gerichten. Schwerin 1782. et in: Versuche über das Civilrecht u. dessen Anwendung Nr. 1. — *Auctoris* Encyclopädie § 254.

2) *J. St. Pütter* Beiträge zum deutschen Staats- u. Fürstenrechte T. II. Nr. XXVIII. § 8 — 11. et 22 — 26. —Cf. *Aug. Leyser* medit. ad Pand. Sp. 43 m. 5. — Diversa est causa, cum in arbitrio hominum positum est, ex quonam potissimum jure, utrum ex peregrino an ex domestico, vitam suam atque negotia civilia instituere velint. —*Pütter* l. c. § 17 — 21.

3) § 62. not. 8. et § 64. not. 10. — *J. Voet* ad Pand. 1, 1. § 2. in m. — *Pütter* l. c. § 27 — 30. — *G. Hufeland* Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft St. II. III. (Jen. 1801.) Nr. VI. VII. — *Spangenberg* Einleitung etc. p. 181. — Cf. *G. C. F. Linck* über das Retentionsrecht der Ehefrauen etc. (Rost. 1812.) p. 34. 35.

§70. *Legum ejusdem conditionis contentio* (*).

Quod si aut inter ipsas domesticas leges contentio inciderit, aut inter peregrinas, sive ejusdem sint originis sive diversae, tum utra utri praeferenda sit, vel ex legum evidentia, vel ex earum ambitu, vel ex temporis praerogativa judicandum erit. Ex legum evidentia ita, ut, quod apertius descriptum est legis argumentum, praeponderet ei, quod aut per ambiguorum definitionem, aut per ratiocinationem inducitur [1]). Ex ambitu hoc modo, ut generalioribus juris praeceptis derogent ea, quae certis vel hominibus, vel causis, vel regionibus scripta sunt [2]). Praecipuam autem quandam in legum repugnantia dissolvenda vim habet temporis quaestio: utra lex sit prior, utra posterior? Quippe postrema quaeque gravissima est [3]). Et vix est, ut in peregrinorum jurium, velut juris Romani et pontificii, inter se conflictu valeat haecce regula, cum nec de eorum diverso receptionis tempore constet, nec ulla aetate temporis inter ipsa ratio habita sit; quapropter ex usu forensi tota haec quaestio dijudicanda erit [4]). Contra vero in singulis juribus peregrinis, quorum inter se singula loca discrepant, non est dubitandum, quin obtineat temporis praerogativa, ideo, quod cum illorum receptione non potest non esse recepta ratio ista, qua jam ipsi legislatores peregrini in legum inter se dissidentium controversiis tollendis usi sunt [5]).

§ 71. *De temporis ratione recte aestimanda, ejusque maxime in jure Justinianeo usu.*

Neque vero in tantum valet temporis ratio, ut,, quo quisque juris apud nos recepti locus est recentior, eo sit potentior [1]). Quamvis enim in jure Justinianeo plerumque antiquiores sententiae, tamquam juris novissimi decretis explicandis adjectae [2]), cedant tempore posterioribus, tamen, quoniam omnia sua fecit Justinianus, quasi ab ipsius ore essent profecta [3]), sequitur, ut temporis praerogativa, quatenus quidem per se sola spectatur [4]), non ex singulorum locorum origine, sed ex collectionum promulgatione aestimanda sit [5]). Jam vero, si qua contentio inter singula juris Justinianei capita appareat, primum omnium efficiamus, ut, si fieri hoc poterit, ne discrepare quidem videantur inter se: id quod fiet aut cor-

§ 70.

(*) (*Hübner*) Berichtigungen u. Zus. zu den Instit. nr. 5. 6. p. 8—22.—*Schoeman* Handb. des Civilr. I. Nr. I.—*Thibaut* über das Verhältniss der einzelnen Theile des Röm. Rechts (civ. Abh. nr. VI.). — *Hufeland* üb. den eigenthüml. Geist d. Röm. Rechts Th. I. p. 131 — 182.—*Spangenberg* Einleit in d. Röm. Justin. Rechtsbuch p. 185 — 197.—*v. Loehr* üb. Justinians Compilation (in ipsius et *Grolmani* Magazin für Gesetzgebung u. Rechtswissensch. III. Nr. VII.) — Cf. *Haubold* inst. jur. Rom. priv. hist. dogm. lin. § 257. T. I. § 53. —*Hübner* l. l. p. 14 — 22. — *Auctoris* Encycl. § 255. — *E. F. Vogel* Uebers. über die Bestandtheile des Pand. R. p. 116—126. (Cap. III.)— *Fritz*. l. l. p. 8.

1) *Cic.* de invent. II, 49.

2) «Species derogat generi.» § 52. et ib. not. 6. 7. — Add. *Cic.* de invent. II, 49. — L. 32. pr. D. *de legib.* — Cf. *A. Fabri* rationalia ad π., in h. l. not. d.), — *Thibaut* l. l. p. 89.

3) « Lex posterior derogat priori. » L. 4. D. *de const. princip.* (1. 4.)

4) Cf. *J. H. Böhmer*. Jus eccl. Protest. Lib. I. T. II. § 70 — 73. — *Hofacker* pr. jur. Rom. Germ.

5) Dissent. *Hübner* p. 11. 12. Sed vid. *Weber* ad *Hoepfnerum* § 16. not. 1. a. et *Thibaut* l. l. p. 81. — Caeterum de regulae propositae in jure canonico usu cf. *Glück* Handb. des Röm. Privatrechts nach *Günther* § 68.

§ 71.

1) Dissent. *J. L. E. Püttmann* miscellaneor. liber singular. c. 23.—*Sammet* Hermeneut. p. 44. nr. 1.—*Hübner* l. l. p. 14.— *Glück* Handb. zu *Günther* § 97. nr. VI. — Sed vid. *Thibaut* l. l. p. 98. 104. 105.

2) *v. Loehr* l. l. § 5. — Cf. supra § 11. in f.

3) Cod. *deo auct.* § 6. 7. 10. — C. *tanta* § 20.

4) Nam vid. not. 2. et not. 9.

5) Cf. summa reipubl. § 1.—C. *deo auct.* § 10. —Nov. 158. c. 1. — Cf. not. 3.

ruptorum locorum emendatione [6]),aut contrariam legem ad certum aliquod tempus adque jurium causas altera lege antiquiores accommodando [7]), aut commonstrando, causarum notionumque quandam dissimilitudinem in diversis legibus subesse, aliamve alia accuratiorem rerum definitionem continere [8]), aut historicam interpretandi rationem inducendo, hoc modo, ut sententias, a forensi usu remotissimas, rebus dictisque tantum explanandis meliusque inter se connectendis, adhibuisse compositores doceatur [9]). Quod si vero eo modo res ad liquidum perduci nequit, tum, uter locus conservandus sit, ex hisce praeceptis definiatur: 1) Derogant Novellae reliquis juris Justinianei partibus, et inter singulas novellas, ut quaeque est novissima, ita potentissima haberi debet. Authenticae vero, quatenus quidem ex Justiniani constitutionibus novellis decerptae sunt, cum non per se ac sua natura legis vim habeant, fontibus suis cedant necesse est [10]). 2) Codex repetitae praelectionis, ecu lex recentior, potior est Pandectis atque Institutionibus [11]). 3) In Pandectarum autem et Institutionum contentione neutra pars alteram vincet [12]), non magis, quam si singularum collectionum singuli loci confligant, ubi similiter neuter obtinebit (not. 1.), nisi aut alterius loci altero correctionem induxisse imperatorem [13]), aut in altero exhibendo negligentius compositores egisse [14]) manifesto appareat. In quam utramque exceptionem interpretandi praeceptum convenit hoc: verbis utique voluntatem legislatoris ante esse ponendam [15]). Quod si harum quoque regularum usu legum repugnantium controversia tolli non poterit, tum aut relicto utroque loco, ea servabitur sententia, quae juris haud dubii et communis regulis maxime conveniet [16]), aut legislatoris arbitrio res erit committenda, qui statuat, ad utram potius legem accedi oporteat.

§ 72. *De legum, quae in diversis territoriis obtinent, conflictu* (*).

Cum incidant saepius multae causae, quae, nisi ad alieni territorii leges diri-

6) Vid. v. c. L. 34. § 4. D. *de jurejur.* (XII, 2.) — (Cf. *Eckhardt* Herm. jur. § 283.)

7) *v. Loehr* § 6.

8) C. *tanta* § 14. 15. — Nov. 158. — L. 34. § 1. 2. D. *de legat.* 1. Coll. cum § 6. I. *de legat.* (II, 20.) — L. 4. § 1. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — Coll. cum L. 9. D. *ad Leg. Cornel. de sicariis* (XLVIII, 8.) — L. 27. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.), coll. cum L. 23 § 5. D. *de R. V.* (VI, 1.)

9) Quam quidem rationem latius, quam res postulat, protulisse videntur *Schoemanus*, re quidem ipsa cum *Hübnero* (vid. not. 1.) consentiens, nec non *Thibaut* p. 92. 93. et log. Ausleg. p. 165. — Cf. inprimis *Loehr* p. 215.

10) *Weber* Bemerk. zur Beförd. einer gründl. Theorie der Anwendung des Röm. R. § 9. — *Hübner* l. c. p. 7. — *C. G. Konopak* die Institutionen des R. R. (Halle 1807.) § 59. not. x. — Dissent. *J. J. Scherz* de authenticar. auctoribus et auctoritate c. II. (in *Zepernickii* Biga libellor. Auth. — illustr. p. 30—32.) et *C. F. Zepernick* comment., quibus ex causis Nov. Leon. recept. non sint c. III. § 25. (adj. *C. A. Beckii* de Novell. Leonis libro singulari p. 540. 541.)

11) Mediam quandam viam post alios ingressus est *Thibaut* l. l. p. 82—86. p. 92 sqq. et *Fritz* l. l. p. 10—13. — Cf. not. 9.

12) Cf. supra § 10. not 11. — Dissent. *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. § 42. 2. b., *Thibaut* p. 96. et *Loehr* p. 214., qui Pandectas esse Institutionibus inferiores opinantur, aliis vero contra sentientibus, Pandectas scilicet esse Institutionibus praeferendas, velut *Mackeldey* Lehrbuch § 98. Nr. III. — Cf. et *Biener* Gesch. der Novellen p. 128. et 224. — Sed vid. quae ipse imperator scripsit in C. *tanta* § 11. in f. « et praedictos libros (Institutionum) *constitutionum vicem habere jussimus.* »

13) L. 23. § 3. D. *de R. V.* (VI, 1.) Coll. cum § 34. I. *de rer. divis.* (II, 1.) — Cf. *Gluck* l. c. Nr. V. b. — Dissent *Konopak* l. l. not. z. p. med.

14) § 25. I. *de rer. divis.* Coll. cum L. 7. § 7. D. *de acqu. rer. domin.* (XLI, 1.) (Vid. tam. *Hufeland* l. l. p. 171—180.) — Cf. *Gluck* l. l. Nr. V. a. *v. Loehr* l. l. p. 212.

15) Cf. § 58. not. 6. 7. — *v. Loehr* l. l. p. 215.

16) Dissent. *v. Loehr* § 10. Sed vid. supr. § 42. § 63. not. 1. § 66. not. 7.

§ 72.

(*) *Ulr. Huber* praelectiones juris civilis T. II. p. m. (ex ed. *Thomasii*) 538 — 543. — *Jo. Voet* ad Pand. Libr. I. Tit. IV. P. II. — *Sam. Stryk* D. de jure principis extra territorium (Frcf. 1676.) c. III,

gantur, aut prorsus nullum habiturae sint exitum, aut eum, qui a communi justitiae aequitatisque fine remotissimus sit, sequitur, ut etiam de legum in diversis territoriis obtinentium conflictu quaeri possit, velut domicilii, rei sitae, negotii gesti, causae judicio vel alio modo transactae, delicti commissi, denique ejus loci, ubi jus quoddam, alibi coeptum, aut simpliciter peragendum aut judicio persequendum erit. Quam in rem, licet ea a jure gentium magis ducatur quam a civili jure [1]), haud tamen alienum videtur generaliora quaedam, quatenus quidem ad causas privatas spectant [2]), hoc in loco praecipere, hoc pacto: I. Jura atque officia ejusmodi, quae hominum personis inhaerent et quasi sunt infixa, ex hisque apte pendentia, tum etiam ea, quae ad universitatem patrimonii pertinent [3]), ex legibus judicanda sunt, quae in civitate valent, ubi is, de quo quaeritur, larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit [4]), scilicet non adversante exterarum civitatum jure publico [5]). Caeterum mutato domicilio jura quoque hujusmodi mutantur, sic tamen, ut ne cui jus ex pristina ratione quaesitum, certisque suis terminis jamjam definitum eripiatur [6]). II. Jura, quae proxime rebus sunt scripta, velut quae ad dominii causam spectant, vel ad vectigalium tributorumque onus, vel ad pignorum in judicati exsecutionem et capiendorum et distrahendorum, tum etiam rerum apud judicem petendarum persequendarumve rationem, et quae sunt reliqua ex hoc genere, aestimantur ex legibus ejus civitatis, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt ac collocatae [7]), nullo rerum immobilium et mobilium habito discrimine [8]).

§ 73.

III. Negotiorum rationem quod attinet, de personis quidem, scilicet possintne omnino jure suo et velut arbitrio negotia instituere? ex domicilii legibus

— *Jo. Nic. Hertius* D. de collisione legum (opusc. Vol. I. T. 1. p. 91 — 158.) Sect. IV. et VI. — *C. F. Hommel* rhapsodia quaestion. in foro quotidie obvenientium, obs. 409. — *C. F. Boeschen* D. supra (§ 47. not. 1.) cit. — *Jo. Th. Seger* (resp. *Wolff*) D. de vi legum et decretorum in territorio alieno. Lips. 1777. — *A. D. Weber* von der natürl. Verbindl. § 62. et 95. — *C. C. Hofacker* principia jur. civ. Rom. Germ. T. I. § 62. 137 — 144. — *C. S. Zachariae* lib. quaestionum (Wittenb. 1805. 8.) I. qu. 1. — *Did. Meier* D. de conflictu legum diversarum in diversis locis obtinentium. Brem. 1810. 8. — *F. W. Tittmann* D. de competentia legum externarum et domesticarum in definiendis potissimum jurib. conjugum. Hal. 1822. 8. — *C. F. Eichhorn* Einleit. in das deutsche Privatr. (ed. 2.) § 34 — 37. (Cf. *Haubold* Pand. § 25.)

1) *Huber* l. l. § 1. — *Hert.* § 3. — *Seger* § 1. 2. 5. 8. — *Boeschen* § 14. 15. — *Meier* § 4.

2) De causis publicis et maxime de poenalibus vid. *Boeschen* § 20 — 26. 34. 35. — *Hommel* rhaps. qu. obs. 281. — *Seger* l. l. § 7. — *C. A. Tittmann* Handb. d. Strafrechtswissensch. I. (Halle 1806.) § 62. — *Meier* § 15. 16. — *Martin* Lehrb. d. teutschen gem. Criminalr. Hauptabschn. I. (Heidelb. 1820.) § 26.

3) Cf. *Eichhorn* l. l. § 35. nr. 2. et 3.

4) Arg. L. 65. D. *de judiciis*. (V, 1.) — *Huber* § 12 — 14. — *Hert.* § 8. 11. 12. 13. 24. 26. 35. 39. 46. 47. — *Hofacker* § 139. nr. I. et § 143. nr. II. — *Meier* § 10. 28. 29. 31. 32. 34 sqq. — *Tittmann* 4 . 35. 43. 44. — Cave tamen, ne in singula jura, quorum nondum nata est causa et certo constituta, idem conferas principium. — Cf. *Meier* § 38. — *Tittamnn* § 21.

5) *Huber* § 13. — *Zachariae* § 8. — Cf. quae supra § 33. in f. et infra not. 16. et nr. IV. scripta sunt.

6) *Tittmann* § 21. 24 sqq. et *Meier* § 38.

7) Quemadmodum autem omnino harum legum non ea est auctoritas, ut in juribus definiendis, quae ad universum hominum patrimonium spectant, quidquam valeant, ita nec ad hereditates pertinere possunt, quae vel lege vel testamento deferuntur, quippe quae ex legibus loci, ubi domicilium tempore mortis habuit defunctus, aestimandae sunt. (Arg. L. 19. pr. et 34. D. *de judic.* (V, 1.) — L. 22. D. *de fidejussor.* (XLVI, 1.) — — quia hereditas personae vice fungitur.» — L. 31. § 1. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.)« — — quia creditum est, hereditatem dominam esse et defuncti locum obtinere —»); nisi quatenus aut de singulis rebus hereditariis acquirendis quaeritur, aut de singulari succedendi ratione, si qua est certis rebus constituta. — Cf. *Meier* l. l. § 34 — 42. — *Tittmann* § 29. 48.

8) L. Arg. 38. in f. D. *de judiciis*. — Dissentiunt, quicunque de hocce argumento scripsere, tantum non omnes. (Cf. et Landr. f. die Preuss. Staaten Einl. § 28 — 30.) Quid? quod plurimi ita abusi sunt commentitio isto discrimine, ut juris hereditarii principia fere obliti, aliam statuerent esse mobilium, aliam immobilium succedendi rationem; quos jam refutavit *Meier* l. c. — Caeterum nobiscum faciunt *F. A. Meissner* vom stillschw. Pfandr. § 23. A. et *Tittmann* § 51. — Cf. *Eichhorn* § 36. nr. 2.

statuend um esse, principiis supra (§ 72. nr. I.) positis magis convenire videtur [9]. At alioquin *locus* plerumque *regit actum* [10]. Forma igitur negotiorum, quatenus quidem ad fidem auctoritatemque negotio conciliandam valeat [11], nec in aliarum legum fraudem actum sit [12], non est, quod dubitemus, quin accommodate ad ejus loci instituta, ubi geritur res, dirigenda sit atque aestimanda [13]. Nec est, quod non idem statuamus de negotiorum materia, vi et potestate, quae ipsis cum per se insit [14], tum vero quod agendi excipiendique facultatem attinet [15], his tamen adscriptis exceptionibus, 1) ut ne quid in aliena civitate fiat contra civitatis mores, leges, instituta ejusmodi, quae ad immutanda prorsus nihil valeat privatorum arbitrium [16]; 2) ut omnino sese, qui negotium aliquod instituerunt, tacite accommodasse videantur ad alius regionis leges consuetudinesve, ubi, ut exitum babeat res, de qua agitur, aut suapte natura intelligitur, aut privatorum voluntate constitutum est [17]. IV. Judex igitur, qui rem apud exteros natam judicabit, ea certe, quae ad formam modumque litium instituendarum pertinent, ad jurium normas institutaque, quibus ipse paret, dirigat necesse est [18]; in reliquis vero, quatenus aut idem illud servet jus domesticum, aut jus exteris scriptum, *tamquam privatorum voluntate constitutum*, in judicando sequatur, id ex principiis modo propositis quisque facile intelliget. Quibus etiam haec esse consentanea videntur, 1) ut acquisitiva quidem praescriptio, quam vocant, ex juribus rei sitae, extinctiva vero ex judicii accepti legibus aestimanda sit, praeterquam quod nihil juris detrahatur actori, si forte ingratiis suis loco haud condicto convenire reum cogatur [19]; 2) ut actiones, quae vel ad rescindenda negotia, vel ad damna resarcienda comparatae sunt, secundum leges loci, ubi res acta est, judicentur, nisi si ut alio loco fieret solutio, inter partes convenerit [20]. — Caeterum quae de negotiorum alibi contra-

§ 73.

9) *Meier* § 39.—Cf. Allgem. bürgerl. Gesetzbuch f. die deutschen Erbländer der Oesterr. Mon. § 34. — Landr. f. die Preuss. St. Einl. § 23. 35. — Nec contraria est L. 1. C. *de emancip.* (VIII, 49.); quippe quae de jure alienigenis aperte concesso loquatur. — Caet. vid. *Huber* § 13. et *Hert.* § 22.

10) Habet tamen haec regula multas cautiones. *Eichhorn* § 37. et infra not. 16. 17.

11) *Zachariae* § 6. — *Eichhorn* § 36. nr. 4.

12) *Voet* l. c. § 14. — *Pfeiffer* pract. Ausführungen. T. III. p. 83 sqq. nr. IV.

13) *Huber* § 3—5.—*Hert.* § 10. init. § 57. 59. —*Hofacker* § 142. nr. III.—Caeterum de eo, num obtineat negotium, quod secundum leges domicilii, vel rei sitae, alibi contractum est, mediam sententiam, eamque aequitati maxime convenientem luentur *Voet* l.l. § 15.—*Zachariae* § 8. nr. 1. in f. —*Tittmann* § 15 sqq.—Praeterea hunc in loc. conferenda sunt, quae praecepit Julianus, scil. in ambiguis id accipi debere, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat. L. 13. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.)—Vid. Landr. f. die Pr. St. Tb. I. Tit. V. § 112—114.—*Eichhorn* § 37. nr. 1. in f.

14) Arg. L. 8. pr. in f. *mandati* (XVII, 1.) (« — uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam.»)—L. 6. D. *de evictionib.* (XXI, 2.) (« Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet.»)—L. 1. pr. D. *de usuris.* (XXII, 1.) (Cf. not. 16.)—L. 34. D. *de reg. jur.* — *Hert.* § 54. — *Weber* § 62. — De negotiis inter absentes contractis vid. *Hommel* rhapsod. qu. obs. 409. nr. 17. 18. — *Tittmann* § 41. — Cf. et infra not. 17.

15) *Meier* § 45.—Dissent. *Weber* l. c. § 95.—Sed vid. *Eisenhart* Erzahl. besonderer Rechtshändel IV. Nr. XV.

16) L. 1. pr. D. *de usuris.* — *Zachariae* § 8. 9. — *Tittmann* § 7. 11.

17) L. 21. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) (« Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit. ») — L. 65. D. *de jud.* (not. 4.). — *Huber* § 10. — *Tittmann* § 39. — Quibus etiam conveniens est, ut, siquidem de testamentorum jure quaeritur, quaecunque non ad solam formam spectant, ea omnia legibus domicilii metienda sint. — Cf. not. 7. et 9.

18) *Thibaut* Pand. § 36. nr. 2. — Cf. *Stryk* l. c. nr. 34 — 40. — *Hert.* § 68 sqq. — *Hommel* rhapsod. modo cit. nr. 10. — *Meier* § 50 sqq. — *Gensler's* Handb. zu Martin's Lehrb. des bürgerl. Processes I p. 31 — 33. — *Mittermaier* in Archiv. für civ. Praxis. T. III. Nr. XVI. — *Hollweg* Versuche über die Theorie des Civil proz. p. 19 sqq.

19) Caeterum cf. de hac quaestione *Huber* § 7. — *Hert.* § 65. — *Seger* § 10. — *Weber* § 95.

20) De debitoris mora vel culpa vid. *Hert.* § 53, in reliquis nobiscum non consentiens (§ 66.) — Cf. etiam *Meier* § 49.

ctorum in alieno territorio vi diximus ac potestate, eadem sententiis quoque decretisque a judice prolatis apte convenient [21]).

LIBER II.

DE JURIBUS SIVE DE JURE SUBJECTIVO.

CAPUT I.

DE JURE SUBJECTIVO PRAECIPUISQUE EJUS SPECIEBUS GENERATIM EXPONITUR.

§ 74. *Juris notio indolesque.*

Jus vocamus potestatem faciendi aut non faciendi. Ex quo nascitur, ut juri semper respondeat aliorum officium, idque vel commune est omnium, quod eo solo cernitur, ut ne quis alterum laedat, vel certorum hominum proprium, ex eo jure oriundum, quo singuli singulis obstringuntur. Est autem juris vis omnis in cogendi potestate posita, eaque aut perfecta, quae actionibus maxime continetur, aut imperfecta, quae defensionibus (vel exceptionibus) tantum. Omnino autem haec sunt, sine quibus jus esse nequit: et persona, in quam cadere potest jus, et materia juris idonea (§ 76.), et causa juris efficiens.

§ 75. *Juris factique comparatio.*

Factum pluribus modis opponitur juri. Et *primum* quidem factum appellatur jurium litiumque causa [1]), *deinde* jurium usus [2]). Qui quidem cum per se magnam habet in rebus causisque dijudicandis vim [3]), tum vero maximam in dominii illa juriumque in re velut imagine, unde *jus possessionis* ortum est, facti quidem natura in permultis retenta [4]). Fieri etiam poterat, ut in personas alieno juri subjectas, faciendi accipiendique potestas et conditio, i.e. ipse jurium usus, conferretur; et hoc est, quod dicitur: non transire ad dominum vel patrem, quae facti sint, sed quae juris sint [5]). *Praeterea* ad ejusmodi negotia facti vocabuli refertur, in quibus juris solennitas nulla requiritur, sed ex his, quae vere gesta sunt, omnia judicantur [6]). *Denique* in facto magis quam in jure id jurium genus consistere

21) *Huber* § 6. — *Seger* § 11. — *Meier* § 18. nr. 1.—*Tittmann* § 5.—*Mittermaier* in Archiv. für civ. Praxis T. XIV. Nr. III.

§ 75.

1) V. c. L. 79. § 1. D. *de jud.* (V, 1.) — Tit. D. *de juris et facti ignorantia.* — L. 24. D. *de reg. jur.* — Cf. § 68. init.

2) Vulgari loquendi ratione omnis rei alicujus vel juris usus dicitur possessio.—Vid. et *Cic.* de or. II, 49. « Quod ubi sensi, me in possessione judicii ac defensionis meae constitisse. » — *Idem* de lege agrar. II, 27. « — retinete istam possessionem gratiae, libertatis, suffragiorum, dignitatis, etc.»

3) V. c. L. 8. § 3. D. *si servit. vind.* (VIII, 5.) — L. 14. D. *de probationib.* (XXII, 3.)

4) L. 44. pr. D. *de acq. v. amitt. poss.* (XLI, 2.) —L. 49. pr. et § 1. *eod.*—L. 19. D. *ex quib. causs. maj. i. i. r.* (IV, 6.) — L. 53. D. *de acq. rer. domin.* (XLI, 1.) — L. 1. § 3. D. *de acq. v. amitt. poss.*— Cf. *de Savigny* das Recht des Besitzes § 5.

5) § 2. I *de stipulatione servorum.* (III, 18.)—Cf. *Vinnius* in h. l.)—L. 44. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV. 1.)—L. 130. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. L. 76. pr. *eod.*, in quem locum vid. *Auctoris* Cession p. 203 sqq. (ed. 2.).

6) L. 7. § 3. D. *de cur. fur.* (XXVII, 10.) «—quia solutio, venditio, traditio *facti magis sunt quam juris.*»

dicitur, quae non sunt *juris civilis*, i. e. quae vel ex praetorio jure profecta sunt [7]), vel omnino non exiguntur ad accuratiorem juris normam. Quo in genere item plures distingui posse gradus, cum unius sit liberior ac dissolutior juris natura, quam alterius [8]), non est sane, quod miremur.

§ 76. *Jurium praecipuae species.* 1) *Jus praesens et futurum* (*).

Juris futuri vocabulum variis modis accipitur [1]). Primum enim jus, quod quandocunque futurum sit, ita appellatur, velut ejus, qui spem incertam vendidit, aut bona sua futura obligavit; deinde, quod in conditione positum est [1a]); tum, cujus nondum dies venit; denique jus delatum quidem, sed nondum acquisitum juris futuri nomine venit. Ex quibus simul perspicuum est, quot modis jus praesens distinguatur a jure futuro. Cujusmodi autem hoc sit, dummodo causa sit juris quaerendi certo constituta, non possunt non illius quoque tuendi causa praesidia comparata esse legitima [2]), nisi quae a jure praesenti ac perfecto pendent [3]). Caeteroquin juri futuro simile quodammodo est jus *quiescens*, i. e. praesens illud quidem, cui tamen, quo minus exerceri possit, impedimentum aliquod, aut civile (velut patria potestas), aut naturale obstat [4]).

§ 77. II) *Jurium divisio ex eorum materia* A) *generatim spectata.*

Omnis faciendi omittentique conditio, in qua quidem jus versatur, habeat aliquid necesse est, ad quod referatur, quodve tamquam materia ei sit propositum. Jam vero id ipsum, quod jure fieri potest, materia juris recte vocatur [1]). Summa igitur privati juris divisio haec est, quae jura, quatenus per se ac simpliciter spectantur, sejungit a remediis jurium persequendorum causa comparatis [2]), quae quidem generatim vocantur actiones [3]). Quod si vero ad singulorum jurium indolem propius accedimus, aliae etiam nascuntur privati juris divisiones, eaeque tales, quae in generalium numero itidem habendae sunt [4]); de quibus nunc singulis videndum.

7) Cf. supra § 1. not. 9.

8) Cf. L. 49. pr. et § 1. D. *de acq. poss.* cum L. 10. D. *de cap. min.* (IV, 5.) — Vid. et L. 27. L. 32. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)

§ 76.

(*) *J. H. Boehmer* D. de jure futuro. (Exercitatt. ad Pandect. T. I. exercit. V.)

1) *Auctoris* Cession d. Forderungsr. p. 255. not. 13. (ed 2.).

1a) [Rectius: «positum in facto incerto quodam quod quidem non est vera conditio.» Ex. L. 32. § 1. D. *de S. P. U.* (VIII, 9.) — L. 8. § 1. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 34 D. *de pignor.* (XX, 1.) — L. 7. pr. L. 19. § 1. D. *de damno inf.* (XXXIX. 2.) E. G.]

2) V. c. L. 13. § 5. D. *de pignorib.* (XX, 1.) — L. 1. D. *ut legator. seu fideic. servandor. causa caveatur.* (XXXI, 3.) — L. 7. pr. D. *de damno infecto.* (XXXIX, 2.) rel. — Vid. *J. H. Boehmer* D. cit. cap. II.

3) L. 35. in f. D. *de judic.* (V, 1.) — Cf. *Boehmer* l. l. c. 1. § 6.

4) Exempla vid. in L. 30. § 1. 4 D. *de A. V. O. H.* (XXIX, 2.) — L. 4 in f. D. *de B. P. C. T.* (XXXVII, 4.) — L. 13. pr. et L. 25. pr. D. *de acq. v. amitt. poss.* (XLI, 2.)

§ 77.

1) *Thibaut* Versuche II. p. 3. — Cf. *Unterholzner* jurist. Abhandl. p. 132—136.

2) (*Hubner*) Bericht. u. Zusätze zu den Instit. des Röm. R. p. 54.

3) L. 51. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) («— est actio — jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.») — L. 37. *eod.* — (Cf. L. 1. § 2. D. *de stipul. praetor.*) — Caeter. cf. *Duroi* Archiv f. civ. Praxis VI. p. 423 sqq. (§ 23.) et § 26. p. 429 sqq. — L. 1. D. *de except.* (XLIV, 1.) («Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur.») — Caeter. vid. *Hugo* civ. Magaz. IV. p. 25 in f. sqq.

4) Cf. *C. A. D. Unterholzner* jurist. Abhandl. — Münch. 1810. 8. — Nr. III. p. 93 — 198. — *G. F. Puchta* im Rhein. Museum III. p. 297 — 305.

§ 78. B) *Jus personarum*, *rerum*, *obligationum et actionum* (*).

Tria sunt haec, in quibus omnis privati juris materia vertitur: personae, res, obligationes; unde juris personarum, rerum et obligationum vocabula, quamvis subobscure, recentiores JCti [1]) solent usurpare. Et persona quidem cum omnino refertur ad jurium potestatem, tum vero ad statum [2]), quaeque ex his apte pendent. Res autem intelliguntur, quae personis simpliciter, sive nullo interveniente obligationis vinculo subjiciuntur; quo in genere vel maxime dominium est, hujusque imago, possessio [3]). Obligatio est juris vinculum, quo ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum alter alteri constringitur [4]). Atqueinter obligationes et actiones quandam esse similitudinem et quasi cognationem, cum suapte natura apparet [5]), tum vero ex veterum judiciorum formulis intelligi poterit [6]). Caeterum quod vulgo statuitur, quae in utroque priore jurium, i. e. et rerum et obligationum, genere sint, ea esse bonis adnumeranda ac simpliciter opponi juribus status ac potestatis, tamquam extra patrimonii causam sitis: id, quamvis propius absit a veritate, tamen non usquequaque pro vero affirmari potest [7]).

§ 79. C) *Jus in rem et in personam* (*).

In rem a juris nostri auctoribus de eo dicitur, quod generatim in causam aliquam valet [1]), *in personam* vero, quod ad certas personas restrictum est. Unde notiones descendunt pactorum in rem et in personam [2]), itemque exceptionum in rem [3]). Ac simili quidem ratione in rem et in personam actiones vocantur,

§ 78.

(*) Cf. *Fr. Connani* commentarii jur. civil. Lib. II. c. I. Nr. 1. — *H. Donelli* comment. jur civ. Lib. II. c. 7. 8. — *Thibaut* Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts II. Nr. I. — *Hugo* civ. Magaz. T. IV. Nr. I. T. V. Nr. XV. — *A. Schweppe* jurist. Magaz. (Alt. 1818.) Nr. II. p. 6—13. — Quamvis autem non dubitamus, in illo *Gaji*: «omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones,» (Instit. I. § 8. — L. 1. D. *de statu homin.*), objectivo sensu accipiendum esse juris vocabulum, idemque etiam a plerisque recentiorum fieri videmus, tamen nihil impedit, quo minus subjective eodem utamur verbo.

1) Caeter. vid. L. 3. D. *de statu homin.*

2) L. 2. D. *de statu homin.* — Pr. I. *de capit. deminut.*

3) *Auctoris* Cession d. Forderungsr. p. 4 — 11. (ed. 2.).

4) L. 3. pr. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)

5) *Hugo* civ. Mag. IV. p. 21 sq. V. p. 400. — *G. T. L. Marezoll* de ordine Institutionum (Goett. 1815.) p. 17 sqq. — *Auctoris* Cession p. 11 — 14. — Neque vero id esse a forensi utilitate alienum, vel possessoris obligatio testimonio est; qui quidem, posteaquam res ab eo petita est, propter culpam adeoque ad diligentiam praestandam tenetur: L. 36 § 1. L. 45. L. 63. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — *Hasse* die Culpa des Röm. Rechts p. 496 sq. nr. c.

6) Cf. *Theophili* Paraphr. ad Inst. Lib. III. Tit. de oblig. in pr. (Μητέρες γὰρ τῶν ἀγωγῶν αἱ ἐνοχαί.) — *Hugo* civilist. Magaz. IV. p. 23 sqq. V. p. 405—409. p. 427 sqq. (nr. 3.). — *Marezoll* l. l. p. 18 sqq. — *Duroi* im Archiv für civilist. Pr. VI. p. 421.

7) Vid. *Auctoris* Cession p. 4. not. 5. p. 294 — 308. (ed. 2.). — Cf. *Duroi* l. l. p. 410. p. 427 et 432. (§ 27.).

§ 79.

(*) *Henr. Hahn* D. de jure rerum et juris in re speciebus. Helmst. 1664. 4. — (Cf. *Hoepfner* Comment. § 286. not. 1. et *Savigny* das Recht des Besitzes § 6.) — *Gerh. Feltmann* Tractat. de jure in re et ad rem, edit. 3. Amstelod. 1672. 12. (maxime inde a cap. X.). — *Ulr. Huber* Digression. jur. lib. IV. exhibens tractatum de jure rerum etc. Insunt etiam: ad jus in re et ad rem animadversiones et vindiciae advers. Feltmannum. — *Christfr. Waechtler* D. de jure in re; *ejusdemque* epistola de numero jurium in re (in *Christ. Thomasii* Dissertt. Lipsienses, Lips. et Hal. 1696. p. 235—296.) — *Thibaut* Versuche etc. II, 2. (üb. dingl. u. persönl. Recht). — *P. J. A. Feuerbach* civilist. Versuche nr. VIII. (über actio in rem u. actio in personam, jus in rem u. jus in personam). — *G. A. W. Duroi* specimen observationum de jure in re. Heidelb. 1812. 8. — *Ejusd.* Bemerk. über actio in rem u. actio in personam, jus in re u. obligatio (Archiv für civilist. Praxis Bd. VI. nr. XIV. p. 252 sqq. — et nr. XIX. p. 386 sqq.) — *Schweppe* Magaz. p. 13 — 37.

1) L. 5. § 2. D. *de pecun. constit.* (XIII, 5.) — L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) — Cf. *Duroi* l. l. § 19. p. 410.

2) L. 21. § 1. L. 28. § 2. L. 57. § 1. D. *de pactis.* (II, 14.) — L. 5. pr. D. *usufr. quemadm. caveat.* (VII, 9.) — (Cf. L. 21. pr. *eod.* «quia *personale* pactum est.»)

3) L. 2. § 1. 2. D. *de doli mali except.* (XLIV, 4.) — Cf. L. 1. § 3. D. *quarum rerum actio non datur.* (XLIV, 5.)

certe a Justinianei juris compositoribus [4]) : veteribus enim in rem actio dicitur, qua dominium, aut rei corporalis aut juris, persequimur [5]). Jam vero recentiores JCti ad harum actionum similitudinem et *jurium* tum in rem s. in re, tum in personam nomen notionemque effinxerunt [6]). Quam tamen, cum in actionibus tota posita sit, cave summam esse putes omniaque jurium genera complectentem [7]); quod ne hi quidem efficient, quiduplicem esse statuunt jurium in rem notionem, alteram angustiorem, quae ad rerum dominia hujusque similia jura pertineat, alteram vero latiorem, quae etiam jura status complectatur [8]). Ac praeterea cavendum, ne inter se commisceamus et eadem prorsus esse credamus jura in rem atque ea, quae nullo interveniente personali vinculo hominibus competunt in res (*die unmittelbaren Sachenrechte*), siquidem cum his conjungi in rem actionem non utique necesse est [9]). Quapropter nec est, cur jus possessionis obligationibus ideo adnumeremus, quod ejus persequendi causa nulla prodita est in rem actio [10]).

§ 80. III) *Jura singularia, privilegia* (*). 1) *Eorum summa genera.*

Jurium singularium ac privilegiorum (§ 49.), ut reliqua pleraque, ita etiam genera summa communia sunt, licet vulgo ad consuetam et velut propriam pri-

4) § 1. I. *de actionib.*—§ 13. I. *eod.*—(Invenitur etiam vox *personalis* actionis, velut in L. 3. § 3. D. *ad exhibend.* (X, 4.) —et L. 2. C. *de his, qui in prior. creditor. loc. succ.* (VIII, 19.)

5) *Gaji* Instit. IV. § 3. — *Ulp.* in L. 25. pr. *de O. et A.* (XLIV, 7.)— Cf. *Duroi* l. l. p. 279. 417. in f. et sq.—§ 26. p. 429—432. et *Hasse* jun. in Rhein Mus. VI. p. 12 sq.

6) Etenim verba : « jus in ipsam rem habere, » quae L. 20. D. *de legat. III.* leguntur, ad eam, in qua nunc versamur, notionem prorsus non pertinere, ex ipsius orationis serie atque tenore quivis facile intelliget. Magis vero ad illam accedere videntur haec: « sive domini sint, *sive aliquod in ea re jus habeant, qualis est creditor, et fructuarius et superficiarius.* »— L. 19. pr. D. *de damno infecto.* (XXXIX, 2.)—L. 30. D. *de noxalibus actionibus* (IX, 4.), et similia, quae obvia sunt in L. 71. § 3. D. *de leg. I.* et L. 8. § 1. C. *de praescr. 30 vel 40 annor.* (VII, 39.) : nisi forte quis dicat, hanc loquendi formulam in eam quoque rebus alienis utendi fruendive potestatem convenire, qua quis ex obligationis causa gaudeat, sc. propter L. 2. § 22. D. *de vi bonor. raptorum.* (XLVII, 8.) (« Quare sive commodata res sit, sive locata, sive etiam pignerata proponatur, sive deposita apud me — sive bona fide a me possideatur, sive usumfructum in ea habeam, vel quod aliud jus, » etc.)—Vid. *Thibaut* l. l. p. 52.—*Duroi* l. l. p. 417. — Caeterum jam in Brachylogo in rem, actiones ita describuntur : cum « in rem quam (adversarius) possidet, aliquod me jus dico habere » (Lib. IV. Tit. XIX. in f.), tum vero haec leguntur : « Jus in re consequitur quis actione in rem proposita de usufructu, » etc. (Lib. IV. Tit. XXIII. § 8. in edit. *Boecking*). Quae vero alioquin opponi solita sunt vocabula : *in re* et *ad rem*, eorum in artem nostram inferendorum causam attulit jus pontificium : c. 40. *de praebendis* et *dignit.* in 6to, III, 4. (« Jus — quod secundo *ad praebendam*, non *in praebenda* —competebat. ») c. 8. *de concess. praeb.* in 6to, III, 7. (« — in quibus jus non esset quaesitum *in re*, licet *ad rem.* ») — Clem. un. *de sequestr. poss.* II, 6. — c. 1. Extrav. Jo. XXII. *de conc. praeb.* IV.

7) [Sunt enim jura, quae nisi exceptionibus tueri non possimus. — Cf. *Ulr. Huber* digr. Lib. IV. c. X. § 4. E. G.]—*Unterholzner* l. l. p. 124. in fin. sqq.—Cf. *Duroi* l. l. § 24. p. 426 sqq.

8) Scil. propter § 13. I. *de actionib.*—Cf. *Thibaut* l. l. p. 53 sqq. ed. 1. (s. p. 45 sqq. ed. 2.) Nr. II.

9) Sic quod in bonis tantum erat, ex plerorumque quidem opinione, olim in rem actione peti non potuit. Certiora sunt statutorum nonnullorum, tum etiam juris Napoleonci decreta, quippe rerum mobilium vindicationem plerumque non admittentia. — Cod. Nap. art. 2279. « En fait de meubles la possession vaut titre. » — Cf. *W. V. Wiese* üb. die Sachverfolgung sowohl nach Röm. als auch besonders nach Lübeckschem u. Rostockschem Rechte (in der Sammlung seiner jurist. Abhandl. Rost. 1783. nr. VIII.). —*Matth. Fr. Feltscher* comment. sistens disquisitionem : num differentia inter dominium et obligationem —, quum in Codice Napoleonco expresse non tradatur, ei sit incognita? (Gott. 1815. 4.) Sect. II. — *Unterholzner* l. l. p. 125. — Sunt igitur imperfecti dominii species, quae, ut in rem actionibus peti nequeunt, ita nec juribus in rem accenseri possunt. At nemo dixerit, ideo eas inter obligationes esse referendas, licet, ut actio ea de re oriatur, obligatio antecedat necesse sit. Ex quo conficitur, ut minime commisceri debeat ea jurium divisio, in qua explicanda hic locus versatur cum superiore illa, quam § 78. proposuimus.

10) Dissent. *de Savigny* Recht des Besitzes § 6.— Sed vid. *Hugo* Beiträge zur civilist. Bücherkenntniss I. (Berl. 1828.) p. 490.— *Auctoris* Cession p. 6. not. 7. (ed. 2.).—*Welcker* Syst. d. Rechts-, Staats- u. Gesetzgebungslehre I. p. 615. not. 474. — Cf. *G. F. Puchta* im Rhein. Museum III. p. 289 sqq., qui quidem, cum inter obligationes non esse referendum jus possessionis, nobiscum sentiat, in ea tamen quaestione, quae ad locum pertinet, ubi in juris disciplina tractandum sit jus possessionis, Savignii rationes sequitur.— Caeterum vid. infra T. II. § 233. not. 7.

§ 80.

(*) *J. H. Boehmer* D. de finibus privilegiorum regundis (Exercit. ad Pand. T. I. exerc. XIV.). —

vilegiorum notionem referri soleant. Et primum quidem privilegia dividunt in affirmativa et negativa [1]), deinde in favorabilia (quae, si generali forma emittuntur, beneficia legis, sin singulis tribuuntur, prae ceteris privilegia appellantur) [2]), et odiosa [3]). Tertia est privilegiorum divisio in personae, rei et causae privilegia; quod quidem posterius vocabulum in hunc quoque locum liceat adhibere [4]). Et personae privilegia ea vocamus, quae personis, sive veris sive fictis, tribuuntur [5]), rei, quae cum rebus, causae, quae cum obligationibus et actionibus conjuncta sunt; quibus perperam nonnulli tamquam mixtorum privilegiorum speciem ea addunt privilegia, quae ad privilegiarii heredes transeunt [6]). Est autem privilegiorum, quae personis tribuuntur, item triplex forma distinguenda [7]). Aut enim ad privilegiariorum possessiones spectant, aut ad obligationes eorum actionesque, aut alioquin ipsis contra juris communis regulam, sive faciendi quaedam potestas, sive omittendi (quo in genere immunitates sunt), impertitur. Jam vero quae propria sint privilegiorum in singulorum causas constitutorum videamus. Etenim vel futuris causis statuuntur, ut dispensationes [8]), ut concessiones [9]), vel praeteritis, quo in genere sunt abolitio [10]), adgratiatio, quam vocant, tum etiam causarum poenalium aut mitior aut severior tractatio, denique in integrum restitutio, quam ipse princeps indulgeat.

§81. 2) *Privilegiorum et acquirendorum et finiendorum ratio.*

Cum nemo exceptiones a jure communi recte statuat, nisi qui legum condendarum potestate praeditus sit, jura singularia quoque et privilegia aut a legislatore proficiscantur necesse est, aut ab eo, cui hoc jus ille concesserit [1]). Audiendi tamen et hi sunt, qui se ultra hominum memoriam usos esse dicant privilegio [2]). Habent autem ea, quae prae ceteris appellantur privilegia, maxime cum ejus rei, de cujus concessione quaeritur, liberum sit imperantis arbitrium atque potestas, plurimum ex conventionum natura admixtum, neque id eo minus, quod gratuito forte aut sponte adeo a principe concessa sint; ex quo qui-

G. C. Gebauer singularia de privilegiis (in exercitation. acad. ed. a *J. J. Weissmantel*, Vol. II. Erf. 1776. Nr. XI.). — *J. G. F. Wasmuth* Tr. de privilegiorum natura generatim et in specie de modis, quibus finiuntur, vel amittuntur. Goett. 1787. 4. — *G. Hufeland* veränderte allgem. Ansicht der Lehre von den Privilegien (civilist. Abh. I. Nr. III. p. 209 — 295.).

1) *Gluck* Einl. in das Stud. d. Röm. Privatrechts. § 24. nr. 2.

2) *Hoepfner* Comment. üb. die Instit. § 48. in m.

3) *L. Z. Woelcker* de privilegiis odiosis et favorabilibus (Altd. 1718. 4.) c. III. IV. — *G. B. Becmann* (resp. *G. C. M. de Boden*) de aequitate privilegii odiosi et potestate imperantis circa illud. Goett. 1750. 4. — *Hufeland* l. c. p. 223.

4) [Quamvis *Modestinus* L. 196. D. *de reg. juris* significationem multo arctiorem ei attribuerit. E. G.] — Vid. etenim, quae infra scripta sunt § 82. not. 7. et cf. *Auctoris* Lehre v. d. Cession der Forderungsrechte § 25. p. 281 — 286. et ibi not. 70. 74. 75. (ed. 2.).

5) Qualia sunt privilegia fisci, decurionum, veteranorum, corporatorum urbis Romae (Cod. XI, 14 sqq. cf. L. 5 sqq. D. *de jure immunit.* L 6.) scholarum (Cod. XII, 30.) etc., et ex odiosorum genere, Haereticorum, Judaeorum aliorumque (Cod. I, 5. et 9.).

6) Cf. *Hoepfner* l. c. § 49. in fin. — Sunt caeteroquin privilegia, quamquam rarius hodie etiam inveniantur, ex utroque genere, et personae et rei cohaerentium, mixta, velut nobilitatis gentilitiae jura, quae cum praedii equestris possessione conjuncta, necdum cum civium ordine communicata sunt.

7) *Auctoris* Lehre v. d. Cession etc. p. 282 sqq. (ed. 2.).

8) *J. H. Boehmer* de sublimi principum ac statuum evangelicorum dispensandi jure in causis et negotiis tam sacris quam profanis (Exercit. ad Pand. T. I. exerc. XIII.).

9) Velut civitatis, ingenuitatis (Tit. Dig. *de natalib. restituendis* XL, 11.), et quae sunt alia ex eo genere.

10) *Cujac.* ad *Julii Pauli* rec. sent. V, 17. (de abolitionib. init.) — *J. G. Seger* de abolitione veteri et hodierna. Lips. 1778. 4.

§ 81.

1) *Boehmer* l. l. c. II. § 4. 5. — *Wasmuth* c. I. § 3 — 9.

2) *Hofacker* princip. jur. Rom. Germ. I. § 96. nr. III. not. e. — *Hufeland* l. l. p. 263 — 264.

dem duplicem illam privilegiorum divisionem vulgo repetunt : alteram in conventionalia et gratiosa, i. e. quae sponte tribuuntur; alteram in gratuita atque onerosa [3]. Latius patent finiendi causae, quae quidem hae fere sunt [4]. I) Extinctis personis, rebus causisve, cum quibus conjunctum est privilegium, aut mutata ea qualitate, in qua illud vel maxime vertitur, ipso jure tollitur quoque privilegium [5], idemque II) evenit, tempore adscripto privilegio conditioneve apposita, scilicet post elapsum tempus conditionemque existentem. Tum III) non solum jura singularia imperantis arbitrio tolluntur, quatenus quidem juribus quaesitis, ut vocant, nihil noceatur (§ 51.), verum etiam privilegia invito adeo privilegiario nonnumquam revocari possunt, scilicet ex justa causa, qualis est privilegii abusus [6] et precaria concessio [7]; quid ? quod nec de eo quidem dubitari potest, quin retractanda sint privilegia, quae aut saluti publicae contraria aut in aliorum injuriam elicita sunt [8]. Praeterea IV) renunciatione quoque privilegia tolluntur, nisi renunciatio aut publico aut privatorum juri adversetur [9]. Denique V) etsi solo non usu per se quidem privilegia non amittuntur [10], tamen, quoties agitur de juris privati per privilegium quaesiti amissione, dubitandum non est, quin huic quoque conveniant, quae de temporali praescriptione generatim praecipiuntur [11].

§ 82. 3) *Privilegiorum vis.*

Ut de privilegiorum vi recte judicari possit, ante omnia de eorum argumento videndum est, cui quidem eruendo, siquidem non per se sit manifesta privilegii sententia, aut simile quoddam inservire potest, cujus ad instar facta sit conces-

3) *S. Stryk* de privilegiis titulo oneroso quaesitis. Hal. 1794. 4.—*J. G. Schaumburg* D. quae naturam privilegiorum tam gratiosarum quam conventionalium ex genuinis principiis exhibet. Jen. 1736. 4. — *Glück* Commentar nach *Hellfeld* T. II. p. 9. (ed. 2.).

4) *Wasmuth* l. l. c. II.

5) Reg. 7. *de reg. jur.* in 6to. («Privilegium personale personam sequitur et exstinguitur cum persona.») — L. 1. § 43. D. *de aq. quot. et aestiva*,(XLIII, 20.) — L. 3. § 1. D. *de censibus*. (L, 15.) — (Cf. L. 1. § 1. D. *de jure immunitatis*. L, 6.) — L. 6. § 14. L. 8. § 1. D. *de excusationib.* (XXVII. 1.) — Privilegiorum, quae personarum universitatibus concessa sunt, interimendorum ratio ex L. 4. § 3. D. *de censibus*, et ex L. 7. § 2. D. *quod cujusque universitatis nomine* (III, 4.) aestimanda erit.

6) c. 7. Dist. 74. (« Privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate. ») — *Glück* Einleitung etc. § 25. nr. III, A.

7) C. 5. *de rescr.* in 6to, 1, 3. («Si gratiose tibi a Romano pontifice concedatur, ut beneficia, quae tempore tuae promotionis obtinebas, posses usque ad suae voluntatis beneplacitum retinere : hujusmodi gratia per ejus obitum, per quem ipsius beneplacitum omnino extinguitur, eo ipso exspirat. Secus autem, si usque ad apostolicae sedis beneplacitum gratia concedatur. Tunc enim, quia sedes ipsa non moritur, durabit perpetuo, nisi a successore fuerit revocata.») — Neque vero privilegia gratiosa, ut vocant, ac multo minus gratis ex precibus impetrata, pro precario s. ad beneplacitum concessis habenda sunt.—Cf. *Gebauer* l.l. § 20. 21. — *Glück* Commentar nach *Hellfeld* II. § 107. 108.

8) Vid. § 35. not.5. 9.—Add. L. 5.C. *de aquaeductu*. (XI, 42.)— L. 2. § 10. D. *ne quid in loco publico*. (XLIII, 8.) — Cf. L. 2. § 16. *eod.* — Vid. *Struben* rechtl. Bedenken II. Nr. 80. IV. Nr. 21. — *Hommel* rhapsod. quaest. Nr. 469. in f.

9) Qua quidem in re recte aestimanda inprimis observandum est, non ubique unam esse eandemque juris publici notionem.—Cf. inter se L.29. C. *de pactis* II, 3. et c. 12. X. *de foro competente* II, 2. (« — manifeste patet, quod — — paeisci non possunt (clerici), ut secularia judicia subeant, cum non sit beneficium hoc personale cui renunciari valeat, *sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum, cui privatorum pactio derogare non potest.*»)—Cf. *Hufeland* l. l. p. 285 — 289. — Caeterum «nec labefactatur (immunitas), *si quis — voluntate sua honorem aut munus susceperit.*»—L. 2. pr. D. *de veteranis*.(XLIX, 18.) — L. 2. C. *de his, qui sponte publica munera subeunt*. (X, 43.)

10) Nam cum jure singulari recepta sit temporis praescriptio, sequitur, ut tempore jura non amittantur, nisi de quibus id aperta legum sanctione constitutum sit. Ideo ad similia non erit transferenda L. 1. D. *de nundinis*.(L, 11.) «Nundinis impetratis a principe, non utendo, qui meruit, decennii tempore usum amittit.»—[*Fritz* ad Wening p. 53. in f. hunc locum ad praescriptionem non referendum esse contendit. E. G.]

11) Exempla vid. in c. 6. et 15. X. *de privilegiis*. (V, 33.)—Caeterum de tota hac quaestione conferendi sunt : *Gluck* Commentar nach *Hellfeld* II. § 110.—*Ejusd.* Einleit. etc. § 25. III. B. 6. — *Thi-*

sio [1]), aut regularum, tum de conventionibus, tum vero maxime de legibus interpretandis usus [2]). Cum autem jus non sit, nisi cui insit cogendi vis (§ 74.), sequitur, ut non possint non privilegiario quoque competere actiones, quibus jus suum ab aliorum injuriis tueatur atque defendat [3]). Neque vero adversus quemcunque, qui idem privilegii genus usurpet, jure prohibendi utetur privilegiarius, nisi ipsius jus privum sit ac proprium, quale est monopolium (vocant *jus exclusivum*) [4]). Caeterum privilegiorum, quae simpliciter rebus causisque concessa sunt, eam esse vim, ut ad heredes aliosque successores transeant, inter omnes certo constat. Quae vero personis deferuntur, quod quidem causam eorum attinet atque ipsum jus, numquam transmittuntur, exercitium tamen item plerumque transferri potest [5]), quoad id aut per privilegii naturam fieri possit [6]), aut per leges, quippe quae cum nonnullis privilegiis modum constituerunt, ut etiam usus eorum in solius privilegiarii persona consisteret. Caeterum juris nostri auctores, de obligationum actionumque privilegiis disserentes, *causae privilegia* vocant, quae quidem successoribus quoque privilegiarii deferuntur, *personae* vero, quae nullo pacto, ne si nata quidem sit actio, quacum conjunctum est privilegium, ad successores transeunt [7]).

baut über Besitz u. Verjährung § 62. — *Dabelow* über die Verjähr. II. § 194. — *Unterholzner* ausführl. Entwickelung der gesammtem Verjährungslehre II. § 161. p. 38 — 41. —; inprimis autem *Hufeland* l. l. p. 274 — 280. — *J. H. Boehmer* in not. 72. ad c. 6. X. *de privil.* — *Glück* ad *Hellfeld.* l. l. p. 47. not. 24. (ed. 2.) et *Fritz* in Zeitschr. für. Civilr. u. Prozess. T. IV. diss. VI.

§ 82.

1) Exempla sint: L. 7. C. *de advocatis diversorum judiciorum.* (II, 7.) — c. 2. *de privilegiis* in 6to. — *Stryk* de privilegio tit. oneroso quaesit. c. I. § 13. — *C. A. Rinder* de privilegiis ad instar. Altd. 1714. 4.

2) Atque ea quidem praecepta, quae de conventionibus interpretandis tradi solent, tunc maxime adhibenda erunt, cum cui quid indulsit princeps ex eo genere, cujus plenissima apud eum est statuendi facultas. — (L. 3. D. *de constit. princip.* — L. 2. C. *de bonis vacant.* (X. 10.) — c. 22. X. *de privilegiis.* — Cf. *Schulting* enarra. tpart. primae Dig. Lib. I. T. IV. § 13. — *Leyser* medit. ad Pand. spec. 10. med. 3.) — Caeteroquin cum in jurium singularium tum in privilegiorum interpretatione ante omnia grammaticae interpretationis praecepta observanda sunt (§ 60. reg. 1. 2. 4.), quae si non sufficiant, de consilio legislatoris et privilegii argumento quaestio instituenda erit. Quod quidem ipsum, uti nec excedi debet (L. 196. D. *de reg. jur.*), ita nec callida verborum interpretatione efficiendum, quo minus juris sibi concessi commodum omne ad privilegiarium pertineat (L. 2. C. *de praeposit. agentium in reb.* (XII, 21.) Cf. § 62. inf. reg. 2. et infra not. 7.). At, cum in ambiguo positum est privilegii argumentum, ea potissimum accipienda est sententia, quae quam proxime ad juris communis rationem accedit (L. 35 pr. C. *de inoff. test.* (III, 28.) Cf. § 63 not. 1.), neque vero umquam committendum, ut ex juris singularis privilegiique ratione ad similia procedatur. — L. 1. § 2. D. *de const. princip.* (I. 4.) (Vid. § 36. context. ad not. 4.) — c. 9. X. *de privilegiis.* (V, 33.) Cui nec obstat L. 3. D. *de const. princ.*; non magis quam L. 2. C. *de bonis vacantib.* (X, 10.), aut c. 22 X. *de privileg.* — *Thibaut* log. Auslegung p. 35 sqq. — *Zachariae* Herm. p. 152. — *Hufeland* civilist. Abhandl. T. I. p. 242 sqq. (Cf. supra § 64. not. 11.) — Universim autem de hac quaestione vid. etiam *Sam. Stryk* de privilegiorum interpretatione. Frcf. 1683. 4., maxime c. V. — *G. J. Stein* (Pr. *G. J. de Gudeno*) de privilegior. extensione. Erf. 1725. 4. — *J. H. Boehmer* de fin. priv. reg. c. II. §. 8 — 10. — *Wasmuth* l. l. § 13.

3) *Wasmuth* l. l. § 19.

4) [A qua opinione maxima controversa in praxi frequenter discedunt. Cf. *Gluck.* Pand. T. II. § 101. n. 3 et auctores *ibid.* not. 17 laudatos. E. G.] — In dubio privilegium, quamvis indefinite scriptum, pro exclusivo non est habendum, *Leyser* spec. 18. med. 4., nisi alterius interventu futurum esset, ut jus alterius vanum prorsus atque inutile redderetur. — Cf. *Wasmuth* l. l. c. I. § 10.

5) L. 6. D. *de in integrum restit.* (IV, 1.) — L. 24. D. *de minorib.* (IV, 4.) — L. 6. in f. D. *de her. vel act. vend.* (XVIII, 4.) — Cf. *Leyser* spec. 10. med. 2. («Privilegium personale alteri locari potest.»)

6) *Auctoris* Cession der Forderungsr. p. 284. 285. 539. 540. (ed. 2.) (ad L. 9. § 8. D. *de publicanis* (XXXIX, 4.).

7) L. 196. D. *de reg. jur.* — L. 68. *eod.* — Cf. L. 42. D. *de administr. et peric. tut.* (XXVI, 7.) — Atque hoc quidem sensu non dubitamus, quin plerumque privilegia esse causae statuamus. (Vid. supra not. 2. et 5.; cf. *Auctoris* Pr. de jure ejus, cui actionib. cessit creditor, III. § 7 — 9., et Cession d. Forderungsr. p. 283 sqq. et 547 sqq.) — Quod si vero de eo ambigitur, utrum personae an rei concessum sit privilegium? quoniam haec quaestio magis ad privilegii argumentum eruendum, quam ad vim ejus explicandam pertinet, iis esse assentiendum putamus, qui privilegium in dubio esse personale judicent. Neque contraria est L. 4. §. 3. D. *de censib.* (L, 15.) — Caeterum cf. *J. N. Hert* de transitu privilegii personalis ad alios (opuscul. Vol. I. T. III. p. 16 sqq.). — *C. G. Einert* exerc., qua privilegium in dubio magis pro personali, quam reali reputandum esse, — disp. (Lips. 1778. 4.) § 4. sqq. — *Gebauer* l. l. § 17 — 19. — *L. R. Berner* de privilegio in dubio magis pro reali, quam pro personali — praesumendo (Heidelb. 1817.) § 13 sqq.

CAPUT II.

DE FACTIS, TAMQUAM DE JURIUM INSTRUMENTO.

§ 83. *Facti notio.*

Facti vocabulum vel ad ipsam juris materiam (§ 77.) refertur, vel ad id, unde jura atque obligationes nascuntur; quod quidem hoc in loco tractamus. Igitur factum vocamus omnem eventum, qui ad jura vel constituenda, vel immutanda, vel tollenda valeat. Et quoniam non ea modo, quae aut vere fiunt, aut hominum habent auctorem, in jurium causis habenda sunt, verum etiam tum quae omittuntur, tum quae ex ipsa naturae ratione accidunt, duplex exoritur factorum tamquam summum genus. Unum, quod affirmativa et negativa facta [1]), ut vocant, distinguit; alterum, in quo ea, quae ab hominibus sponte fiunt, quae quidem proprie facta appellantur, naturae eventibus opponuntur. Quamquam autem, quod fortuito hominibus accidit, casus dicatur [2]), tamen non ea modo, quae naturaliter eveniunt, verum etiam omnino omnia, quae citra dolum ac culpam ejus fiunt, ad quem alioquin spectat periculum, fortuitis casibus solent adnumerari [3]). Et cum non fere sequantur jura officiaque, nisi de eo, factumne sit aliquid an non factum, certo constet, contra vero, quae facta sunt, fieri infecta nequeant [4]); nonnunquam tamen, quo magis et veteris et novi juris decreta sint apta inter se et convenientia [5]), factum esse aliquid aut non factum, *juris auctoritate* fingitur [6]). — Quoniam vero saepissime non solum in personae factis, sed etiam in iis, quae natura eveniunt, et temporis et loci ratio habenda est, jam de his prius videamus, quam ad illorum accuratiorem progrediamur descriptionem.

§ 84. *Tempus* (*). 1) *Quibusnam in causis omnino locum habeat temporis quaestio.*

Temporis in permultis juris quaestionibus ratio habenda est. Quae si ad sua

§ 83.

1) Cf. § ult. I. *de verb. obl.* — L. 7. 67. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1.)

2) *Festus* h. v. ap. *Gothofredum* in lat. ling. auct. p. 264. — Idemque appellatur *vis major, vis divina, fatum, damnum, s. detrimentum fatale, fatalitas*, vel in L. 13. § 1. D. *de pigner. act.* (XIII, 7.) — L. 25 § 6. D. *loc.* (XIX, 2) — L. 5. § 4. D. *comm.* (XIII. 6.) — L. 3. § 1. D. *nautae, caup. stabul.* (IV, 9.) — L. 3. D. *de instr. v. instrum. leg.* (XXXIII, 7.) — L. 1. C. *de jure emphyt.* (IV, 66.)

3) Vid. LL. modo excit. et L. 15. § 2. D. *loc.* (« Servius *omnem vim, cui resisti non potest*, dominum colono praestare debere ait. ») — L. 6. C. *de pignerat. act.* (IV, 24.) — Cf. etiam L. 52. § 3. D. *pro soc.* (XVII, 2.) — Quem in locum vid. *Averanii* interpret. jur. Lib. II. c. 26. nr. 2 sqq.

4) L. 12. § 2. *de captiv. et postlim.* (XLIX, 15.) — L. 19. D. *ex quibus causis major.* (IV 6.) (« Causa vero facti non continetur postliminio. »)

5) *de Savigny* vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung u. Rechtswissensch. p. 32.

6) *Ant. Dad. Alteserrae* de fictionibus juris tractatus septem. Ed. nova accur. *Jo. Friderico Einsenhart.* Hal. et Helmst. 1769. 8. — Enimvero rata non habentur, quae finguntur a privatis hominibus, L. 8. D. *de castrensi pec.* (XLIX, 17.); nec nisi in his, quae juris sunt (§ 75.), locum habent fictiones, cum ea, quae facti sunt, sive naturalis juris, fictionem non recipiant, L. 12. § 2. D. *de captiv. et postlim.* (XLIX, 15.) (« Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt. ») — L. 19. D. *ex quib. caus. major.* (IV, 6.) (« Causa vero facti non continetur postliminio. ») — Cf. *Alteserra* l. l. Tr. I. c. 3. — De eo, quod inter fictiones differat et praesumtiones, vid. *Gluck* ad *Hellfeld.* I. p. 272 sq. IV. p. 100 sq. — Cf. *Weber* naturl. Verbindl. § 24. not. 6.

§ 84.

(*) *Eustathii* liber de temporalibus intervallis (περὶ χρονικῶν διαστημάτων) in *Leunclavii* Jur. Graec. Rom. T. II. p. 207 sqq. — *J. Cujacii* de diversis temporum praescriptionib. et terminis (in opp. T. I.). — *J. C. Koch* Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilzeitcomputation und Schalttag (Giessen 1796.) Abschn. I. — *C. G.*

genera revocamus, quatenus quidem ad juris privati causas spectant [1]), haec fere efficiuntur. Primum, cum, quibus temporibus jura negotiaque exerceri possunt, quaeritur. Quo in genere cum alia complura sunt [2]), tum vero maxime est temporum, quibus experiundi judicisque adeundi potestas esset (fastorum dierum utiliumque) notitia [3]), itemque feriarum [4]); quem quidem locum in Pandectarum doctrina jam non tractamus. Alterum est de obligationis implendae tempore. Quo in loco quaeritur de mora, tum de modico tempore, quod debitoribus ad solvendum datur [5]); itemque de legitimo s. judicati tempore [6]), deque temporis s. repraesentationis commodo [7]). Tertium est genus, continens quaestiones de die, unde scilicet jus aliquod incipiat vel finiatur [8]). Quartum est de tempore, quo jura litesque pereunt; quod genus latissime patet [9]). Denique in ejusmodi causis, quae ad hominum aetatem spectant, maximi momenti habetur temporis quaestio, ejusque computandi ratio [10]).

§ 85. II) *Temporis partes earumque computandarum ratio.*

In temporis partibus hae sunt maxime, quae in jure spectentur: dies, mensis, annus [1]), eaque alias ex fastorum ratione aestimantur, alias ex temporis momento, quo coeperunt [2]). Et dies quidem viginti quatuor horarum spatio continetur, idque ex fastorum Romanorum indole media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur [3]); dies civilis dicitur [4]). Mensis autem in his quidem, quae vel judicantium decretis vel privatorum arbitrio definiuntur, ex Calendarum

Gmelin über Zeit u. Zeitberechnung nach röm. Rechtsprincipien (critisches Archiv d. neuesten jurist. Literatur und Rechtspflege, herausgeg. von *W. A. F. Danz*, *C. G. Gmelin* und *W. G. Tafinger* Bd. I. (Tüb. 1801.) p. 577 — 650. et p. 756 — 768. — *F. Reinfelder* der annus civilis des röm. Rechts. Stuttg. 1829.

1) Nam vid. v. c. L. 4. § 4. D. *de re milit.* (XLIX, 16.)—L. 15. pr. D. *ad municipal.* (L. 1.)—L. 3. § 1. L. 5. D. *de decurion.* (L. 2.) — L. 3. 4. 6. C. *ex quib. c. infam. irrog.* (II. 12.) — T. T. Cod. *de his, qui in exil. dati.* (X. 59.)

2) Vid. v. c. L. 7. L. 16. § 1. D. *quemadm. serv. amittuntur.* (VIII. 6.)—L. 1. § 3. L. 2. L. 5. D. *de aqua quot. et aestiva.* (XLIII, 20.) — L. 22. § 6. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — Cf. *Gellii* noct. att. III, 2. («Sacra sunt partim diurna, alia nocturna.»)

3) De dieb. fastis vid. *Varro* de lingua lat. Lib. V. § 4. (in *Gothofredi* auctt. lat. ling. p. 35.) — *Macrobii* Saturnal. Lib. I. c. 16. — *Heineccii* antiquitt. Rom. Lib. IV. Tit. VI. § 11. 12. — *Haubold* de temporis continui et utilis computatione, in opusc. I. p. 403. 404. — De utilibus *Brisson.* de V. S. v. *utilis* § 3. et infra § 86. not. 4.

4) Dig. II. 12. *de feriis (et dilationibus et diversis temporibus).* —Cod. III, 12. *de feriis.*—*Glück* Erläuter. der Pand. nach *Hellfeld* Bd. III. § 262 — 264. — *Zimmern* der Röm. Civilprozess in geschichtl. Entwickelung § 129. et § 152.

5) L. 21. D. *de judic.* (V, 1.) — (L. 31. D. *de re judic.* (XLII, 1.) — L. 135. § 2. D. *de verb. obl.* (XLV, 1.) — L. 105. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

6) L. 5. pr. D. *de usuris.* (XXII, 1.) — L. 2. D. *de re judicata.* (XLII, 1.) — L. 2. et 3. C. *de usur. rei jud.* (VII. 54.)

7) L. 1. § 10. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.) — L. 16. § 12. D. *Quae in fraud. creditor. facta sunt.* (XLII. 8.)

8) Vid. infra § 110. et cf. L. 4. in f. L. 14. D. *de statu lib.* (XL, 7.) (§ 86. not. 2.)

9) Vid. infra § 122. et cf. L. 2. D. *de divers. temp. praescr.* (XLIV, 3.) (§ 85. not. 10.). — L. 6. D. *de obl. et act.* (XLIV, 7.) (§ 87. not. 2.) — L. 6. et 7. D. *de usurp. et usuc.* (XLI, 3.) — L. 15. pr. D. *de divers. tempor. praescr.* (XLIV, 3)

10) Vid. locum de hominum aetate infra Pars spec. Lib. I. c. I. § 178. et cf. L. 98. pr. D. *de V. S.* (§ 85. not. 10.) — L. 8. D. *de munerib. et honorib.* — L. 4. § 87. not. 4.) — L. 3. § 3. D. *de minorib.* (IV. 4.) (§ 87. not. 2.) — L. 5. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) (§ 87. not. 5.) — L. 1. D. *de manumissionib.* (XL, 1.) — L. 134. D. *de V. S.* (§ 87. not. 7.)

§ 85.

1) In nonnullis horarum quoque differentiae ratio habetur, tum etiam a nocturno tempore separatur diurnum. L. 16. § 1. D. *quemadmodum servitutes amittuntur.* (VIII, 6.) — *A. Gellii* noct. att. III, 2. (§ 84. not. 2.)

2) *Koch.* Belehrungen etc. § 1 — 5.

3) L. 8. D. *de feriis.* (II. 12.) (Vid. et not. seq.)

4) *Gellius* l. l. III, 2. in f. — *Macrobii* Saturnal. I. 3. — Cet. cf. L. 2. § 1. D. *de V. S.* « Cujusque diei major pars est horarum septem primarum diei non supremarum. » — Unde *naturalis dies* dicitur. — *Cujacius* l. l. c. 2. — *Gmelin* l. l. § 6. — *Reinfelder* l. l. p. 21. § 29.

nominatione [5]) computatur [6]); in iis tamen, quae publico jure constituta sunt, triginta dierum spatio plerumque [7]) circumscribitur [8]). Annus, isque talis, quo non intercalatur, diebus trecentis sexaginta quinque constat [9]); intercalaris autem dies bissextus posterior est Kalend. Mart., i. e. dies XXIV Februarii mensis [10]).

§ 86. III) *Continuum et utile tempus* (*).

Continuum tempus dicitur, cujus singulae partes continenter, i. e. nullo temporis momento intermisso, sive naturali earum serie, computantur. Neque vero una est temporis non continuo computandi ratio. Nonnumquam enim simpliciter ad faciendi facultatem potestatemque refertur, seu ad ea, quae omni tempore fieri

5) L. 2. Th. Cod. *de decurionib.* (XII, 1.) « Quoniam dubitasti, utrum *ex numero dierum*, an *ex nominatione Kalendarum*,» (i. e. quod vernacule vocatur: von Datum zu Datum) « computari duorum mensium spatia debeant, forma juris publici observanda est, quae manifeste declarat, quid pro dierum diversitate praeceperit comprehendi. » — Cf. *Schrader* civilist. Abhandl. Bd. II. p. 198—201.

6) Quae ut est communis sententia (*J. Gothofredi* commentar. ad L. 101. D. *de regul. jur.* — in opuscul. a *Trotzio* editis p. 1006. *vers.* Rursum *etc.*), ita naturali rationi inprimis videtur convenire. — At dissent. *Schrader* l. l. p. 213 sq. not. **.

7) In iis enim, quae coram magistratu aut judice certo tempore peragenda sunt (praeterquam si de actionibus tempore excludendis quaeritur), dies ex aequitate addi solitum est. L. 1. D. *si quis cautionib. in judicio*, etc. (II, 11.)—Hinc est, quod *Paulus* scribit L. 101. D. *de reg. jur.* (ex libro singulari *de cognitionibus*): « Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est » (*Gothofr.* ad h. locum — in opusc. p. 1004 sq.)—[In Basilicis quoque legitur: « sexagesimo et primo die ». Vid. tit. *de reg. jur.* ed. *Witte* et Basilica (ed. *Heimbach*) Lib. II. tit. 3. fr. 101.—*Eustathius* vero (l. l. p. 217: « Si lex duos menses dixerit, etiam sexaginta dies pro eis accipiuntur. »), et nonnulla Pandect. manuscr. duo menses pro 60 diebus accipiunt. — De L. ult. (*de temporib. et reparationib.* (VII. 63), in qua tres menses 93 diebus aequantur, cf. *Reinfelder* l.l. p. 123—128. E. G.]

8) Cf. L. 28. et L. 31. § 22. D. *de aedil. edicto.* (XXI, 1.)—L. 22. § 1. 2. C. *de jure delib.* (VI, 30.) —Nov. 115. c. 2.—Item a communi sententia recedit *Ed. Schrader* in Diatribe: Monatsrechnung des röm. Rechts (civ. Abh. II. Nr. III.), maxime propter regulam L. 101. D. *de reg. jur.* traditam (not. 7.). At vulgarem sententiam nuper etiam defendit *Unterholzner* (ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre Bd. I. p. 281. not. 287.). Caeterum cum iis, quae *Ulpianus* scribit L. 3. in f. D. *de suis et legitimis heredibus* (XXXVIII, 16.) (« De eo autem qui *centesimo octogesimo secundo* die natus est, Hippocrates scripsit *et divus Pius rescripsit*, justo tempore videri natum nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa; ») — nec vulgaris, nec Schraderi sententia congruere videtur.—Cfr. quae ab utroque scriptore (et a *Schradero* quidem l. l. p. 218.) ingeniosissime scripta sunt, ut dubium removeatur. Mihi quidem videtur, quae de centesimo octogesimo secundo die leguntur verba, ad quaestionem imperatori propositam esse referenda. Nec omnino quicquam faciunt ad hoc nostrum argumentum, quae de fructuum dotalium divisione ex Papiniano refert *Ulpianus* L. 7. § 1. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.); siquidem divisio illa non ex singulis mensibus fit, sed ex eo tempore, quo naturaliter steterit matrimonium.

9) L. 51. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (IX, 2.)—L. 4. § 5. D. *de statu liberis.* (XL, 7.) — De veterum Romanorum anno vid. *Macrobius* saturn. I, 12 sqq. — *B. G. Niebuhr* röm. Gesch. I. p. 304 — 317. (ed. 3.).

10) *Macrobius* l. c. l. c. 13 —L. 98. pr. D. *de V. S.* —L. 3. § 3. D. *de minor.* (IV, 4.) — Cf. *Koch* l. l. § 9. — L. 2. D. *de divers. temporal. praescr.* (XLIV, 3.) — (« In tempore constituto judicatis, an intercalaris dies proficere judicato, nec ne, debeat, quaeritur: item de tempore, quo lis perit? Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur: velut, si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet; aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut *aedilitiae pleraeque* [?] actiones. Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori [*al.* emtori]: *mihi contra videtur.* »)—Cf. *Bynkershoek* observ. jur. rom. IV, 8.—*Kreyssig* Diss. § 35. not. 5. cit.—§ 10. in f. — *Unterholzner* ausführl. Entwickelung der Verjährungslehre I. § 86. in f.—De *mense* intercalari, qui olim fuit (vid. *Sueton.* in vita Julii c. 40.), intelligenda sunt verba L. 98. § 1. D. *de V. S.* (« Cato putat, mensem intercalarem additicium esse, *omnesque ejus dies pro momento temporis observat*, extremoque die mensis Februarii attribuit Qu. Mucius. ») Quod invictis argumentis docuit *Greg. Majansius* ad triginta JCtorum fragmenta T. I. in comment. ad h. l. (p. 101 sqq.) et inprimis ibi p. 108—110. (§ XI.) — At in verbis, quae sequuntur § 2 (« Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo »), mensis intercalaris is intelligitur, cui dies intercalatur.

§ 86.

(*) *C. G. Haubold* de temporis continui et utilis computatione (Lips. 1791. et in opusc. I. p. 397 — 438.).—*C. G. Gmelin* über die stete u. zusammengesetzte Zeit nach röm. Rechtsprincipien (crit. Archiv d. neuesten jurist. Litt. u. Rechtspflege von *Danz, Gmelin* u. *Tafinger* Bd. II. Tüb. 1802. p. 193—244. — *Glück* Erläut. der Pand. nach *Hellfeld* T. III. § 269 *a*.

aut non possunt, aut non debent; quo in genere sunt discontinuae servitutes [1]), ut vulgo vocantur. In aliis vero e certo temporis spatio quaedam subducuntur particulae, sive id nequitiae vel contumaciae coercendae causa fiat [2]), sive in commodum atque utilitatem eorum, quibus jurium persequendorum negotiorumque peragendorum gratia certa legibus praestituta sunt tempora. Idque ivocatur utile tempus, i. e. ex utilibus diebus constans. Et antiquitus quidem idem erant utiles dies ac fasti sive sessi onum, i. e. quibus pro tribunali cognoscebant magistratus [3]). Postea vero liberior invaluit verborum interpretatio solennium, hoc pacto, ut *dies, quibus experiundi potestas non esset,* ad omne illud tempus referri soliti sint, quo aut causam ignoravit is, ad quem ea res spectabat, aut alioquin impeditus fuit, quo minus rem perageret [4]). Caeterum aut plene est utile tempus, si quidem omnis generis impedimenta ex ejus spatio eximantur [5]), aut minus plene sive ad aliquid utile [6]). Idque item duplex est. Nam non solum ab initio utile, progressu autem sive cursu continuum esse potest [7]), et fit nonnumquam, ut decursu fiat utile, quod initio erat continuum [8]). Quemadmodum autem continuo plerumque computandum est tempus, sic contra, quoties utilis temporis computatio legibus praescripta nec vero limitatio addita est, plenissime accipiendum erit utile tempus [9]).

§ 87. IV) *Naturalis et civilis temporis computatio* (*).

Atque alia ratione naturalis temporis computatio opponitur *civili* [1]); quam, quidem distinctionem ad eam quaestionem referunt : quando tempus ejusmodi, cujus singulae partes continuo utique numerentur, pro elapso ac completo sit habendum? Naturaliter igitur tempus computatur hoc modo, ut a momento ad momentum singula illius spatia numerentur, donec totum exactum sit atque finitum [2]). Civiliter duobus modis : alias enim tempori, intra quod negotium ali-

1) L. 7. D. *quemadm. servit. amitt.* (VIII, 6.)— L. 10. § 1. *eod.*

2) Exemplum vid. in L. 4. § 8. L. 14. § 1. D. *de statu liber.* (XL, 7.)

3) Cf. inter se L. 6. C. *ad L. Jul. de adult.* (IX, 9.) et L. 11. § 6. D. *eod.* (XLVIII. 5.)— L. 1. in f. D. *de divers. temp. praescr.* (XLIV, 3.)

4) L. 1. D. *de divers. temp. praescr.* (XLIV, 3.) —L. 2. pr. D. *quis ordo in possessionib. servetur* (XXXVIII, 15.)

5) *Haubold.* l. l. c. IV.

6) L. 1. § 7. D. *quando appelland. sit.* (XLIX, 4.)

7) *Haubold* l. l. c. V.

8) L. 2. pr. D. *quis ordo in possessionib. servetur.* (XXXVIII, 15.)—*Haubold* l. l. c. VI.—Inter exempla, quae huic rei illustrandae inserviant, referre etiam licet *praescriptionem quiescentem*, ut vocant. [Quamvis permulti auctores opinati sint « tempus ratione initii continuum, ratione cursus utile, » non dari.—Cf. *Fritz* l. l. p. 255 sqq. E. G.]

9) *Haubold* l. l. c. VII.

§ 87.

(*) *Jo. Conr. Rücker* D. de civili et naturali temporis computatione in jure (Praem. *ejus* observ. interpr. et orat. varii argumenti. Lugd. Bat. 1749. 8.). — *Gmelin* über die Zeit u. Zeitberechnung § 19. — *Glück* Pand. III. § 269b. — *Schweppe* Magaz. IX. — *Loehr* Archiv f. civilist Pr. Nr. XVI. —*Unterholzner* ausführl. Entw. der Verjährungsl. I. § 90. — Inprimis *Reinfelder* der annus civilis der röm. Rechts. Stuttg. 1829.

1) Ita vocant propter *Paulli* verba L. 134. D. *de V. S.* proposita : « quia annum *civiliter,* non ad momenta temporum — numeramus ».

2) At in plerisque jurium causis locum habet hocce computandi genus. — Cf. v. c. Pr. I. *quib. mod. tut. fin.*—L. 3. § 3. D. *de minoribus.* (IV, 4.) — (Qui quidem locus nihil habet difficultatis, si ita distinguitur : « Minorem autem viginti quinque annos natu, videndum, an etiam diem [*al.* die] natalis sui adhuc dicimus [*al.* ducimus], ante horam, qua natus est, ut si captus sit, restituatur? Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum; ut a momento in momentum tempus spectetur. »—Vid. *Auctoris* observ. jur. rom. Sp. I. c. 2. § 2.—Cet. cf. *Wenckii* observatt. ad Vacarium not. 47., quem fere sequitur *J. L. G. Beck* in edit. corp. jur. civ. ab ipso adorn.).—L. 4. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII, 2.)—L. 6. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) (« In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. »—Vid. *Ruckerum.* l. l. c. 4. § 5 — 9.)—L. 15. § 6. D. *ad L. Jul. de adulter.* (XLVIII, 5.)—L. 3. D. *de jure immunit.* (L. 6.) — Cf. etiam L. 74. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) et *Ruckerum* l. l. c. 3. § 9 sqq.— Caeterum minus idoneum *Rückerus* profert principium, unde diversa haecce computandi ratio regatur c. V. § 9 sqq. —Vid. *Glück* l. l. p. 571 sqq. (ed. 2.).

3) L. 1. D. *si quis caut. in jud. sist. causa fact.*

quod officiumque subire quemquam oportet, particula quaedam adjicitur, scilicet insuper habito modico temporis excessu [3]); alias detrahitur, idque ita fit, ut nonnumquam vel annus modo inchoatus accipiatur pro pleno [4]); vel dies ultimus anni coeptus habeatur pro completo, ut in testamentifactione [5]), ut in usucapionibus [6]), aliisque compluribus juris speciebus [7]).

§ 88. *Locus.—Praesentia, absentia.*

Quaestio de loco in hisce potissimum juris materiis usum habet: *a*) in ea, quae est de legum in diversis locis obtinentium conflictu (§ 72. 73.); *b*) in ea, quae ad fori controversias spectat, tum in domicilii ratione exponenda versatur [1]); denique *c*) cum quaeritur, praesens aliquis sit, an absens? quo in loco paullulum commoremur. Dicitur igitur is esse absens, 1) qui non est eo loci, ubi certo quodam tempore vel adesse eum oportuit, vel alia de causa interest, adfueritne an abfuerit [2]). 2) Qui e republica, tum etiam a domicilio suo abest; quem in locum maxime illa quidem conveniet absentiae divisio in necessariam et voluntariam, atque hujus utriusque in laudabilem, vituperabilem et indifferentem, ut vocant [3]). 3) Singulari quodam loquendi genere, cum duo pluresve, quorum

non obtemp. (II, 11.) — L. 101. D. *de reg. jur.* — Cf. § 84. not. 4.

4) L. 5. 8. 22. D. *de annuis legat.* (XXXIII, 1.) —L. 8. D. *de muner. et honor.* (L. 4.)

5) «L. 5. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) « A qua aetate testamenta vel masculi vel foeminae facere possint, videamus? Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in foeminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficiat complesse? Propone, aliquem Kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. *Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecit post sextam horam noctis, valere testamentum; jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.* » Id igitur sibi vult *Ulpianus*: Ad efficiendam testamentifactionem opus non esse, ut elapsus sit natalis dies, verum sufficere, ut decimum quartum annum compleverit minor. Quid? quod pro completo jam habendus sit annus, simulatque eum ingressus fuerit adolescens, scil. nulla ipsius horae natalis ratione habita. — Cf. *Gellii* noct. att. III, 2. in f. et vid. *Ruckerum* l. l. c. 2. § 1., nec non *Gmelin* üb. die Zeit u. Zeitberechnung § 17.—*Unterholzner* l. l. p. 303 sqq. — A quibus dissentiunt *Kock* l. l. Abschn. II. § 13. 14. et *E. F. Hagemeister* üb. die Mündigkeit zum Testiren (in *Hugonis* civ. Magaz. III. nr. 1.) — *Lohr* l. l. p. 420 sqq.

6) L. 6. 7. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — L. 15. pr. D. *de divers. tempor. praescr.* (XLIV, 3.) — *Rucker* l. l. c. 2. § 4. 5. § 15. — *Erb* über den annus civilis der Usucapion (in *Hugonis* civ. Magaz. V. nr. VIII.). — *Unterholzner* l. l. p. 302. in fin. sq.

7) L. 1. D. *de manumissionib.* (XL, 1.) — L. 134. D. *de V. S.* — Cf. *Cujacii* Lib. XXVII. obs. 27. — *J. G. Heineccii* ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 9. § 2. c. 15. § 6. p. 286.

§ 88.

1) Vid. Pars spec. Lib. I. c. II. § 193.

2) Et hujus quidem generalioris absentiae notionis multiplex est in jure usus. — Vid. v. c. a) L. 73. D. *de judic.* (V, 1.) — L. 2. D. *quib. ex caus. in poss. eatur.* (XLII, 4.) (Contumacis absentia.) — b) L. 21. L. 26. § 1. D. *ex quib. caus. in int. rest.* (IV, 6.) — L. 1. L. 19. pr. L. 20. L. 28. L. 51. § 4. 5. D. *de fideic. lib.* (XL, 5.) (Aliena absentia aliis nocua non esse debet.) — c) L. 5. § 2 — 4. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) (Nunciatio in re praesente facienda.) — d) L. 4. § 5. D. *de damno infecto.* (XXXIX, 2.) (« — et, qui aberit, prius domum denuntiari jubeam. Abesse autem videtur, et qui in jure non est. ») — e) *Gaji* Inst. IV. § 82 sqq. — Vat. Fr. *de cognitor. et procuratorib.* (§ 317 sqq.). — *Festus* de V. S. v. *cognitor.* ap. *Gothofr.* p. 260. (Praesentis, absentis procurator. — Cf. *Auctoris* Cession p. 54 sqq. — *Hollweg* Versuche über einzelne Theile der Theorie d. Civilpraxis p. 165 sqq. — *de Buchholtz* Exc. III. ad Vatic. Fragm. p. 333 sqq. — Quocum conjunctae sunt absentium definitiones in L. 5 — 7. et L. 10. D. *de procur.* (III. 3.) — L. 173. § 1. L. 199. pr. D. *de V. S.* — Vid. *Auctoris* Cession p. 54. — *Hollweg.* l. l. p. 197.) — f) L. 1. L. 3. C. *de errore advocatorum.* (II, 10.) (Advocatorum allegationes vel praesentibus vel absentibus litigatoribus factae.) — g) L. 10. L. 11. D. *de ritu nuptiarum.* (XXIII, 2.) — L. 12. D. *de in jus voc.* (II, 4.) — L. 8. pr. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 18. § 1. D. *de judic.* (V, 1.) — L. 17. § 10 sqq. D. *de injur.* (XLVII. 10.) — L. 22. § 1. 6. D. *sol. matr. dos quemadm. pet.* (XXIV. 3.) (Liberorum jus, patre absente.) — h) L. 2. § 2. L. 22. § 5. et 6. D. *sol. matrim.* — L. 8. § 3. C. *de bon., quae liber.* (VI, 61.) (Patrum jus, liberis absentibus.) — i) L. 3. 4. D. *quod cujusq. univ. nomine* (III, 4.) (Praesentium decretum); aliaque, in singulis rerum argumentis obvia.

3) Cf. L. 26. § 9. D. *ex quib. caus. maj. in int. rest.* (IV, 6.) — L. 28. pr. *eod.* (« Nec non et si quis de causa probabili afuerit —— puta studiorum causa —. ») — L. 2. § 1. *eod.* — L. 26. § 1. *eod.* (« Adversus relegatum restitutionem faciendam ex generali clausula Pomponius ait — — —: ex causa tamen puto etiam ipsi succurrendum. ») — L. 2. § 8. D. *si quis caut. in jud. sist. c. fact. n. obtemp.*

forte alter res alterius teneat, in diversis provinciis domicilium habent, hi quoque inter se absentium nomine veniunt [4]. Denique 4) quidam, quatenus de commodo eorum agitur, finguntur esse absentes, velut furiosi, infantes, captivi, civitates, milites postremo, qui in vigiliis, vel urbauis castris militant [5].

§ 89. *Factorum, quae proprie dicuntur, descriptio generalis. Delictum, poena.*

Hominum facta in duo genera deducuntur: aut enim licita sunt, aut illicita. Atque in primo genere habentur potissimum negotia juris (§ 101 sqq.(; sunt autem et alia, quae, licet non eo animo gerantur, tamen ad jura constituenda valent, velut si quis in alienam rem, quam suam esse putat, impendat aliquid. Factum illicitum quodvis admittens, sive faciendo, quod vetat lex, sive omittendo, quod jubet, delinquere videtur; quaecunque igitur vel dolo malo, vel quovis injuriae genere fiunt, vel honestati contraria sunt, ea delictis annumerantur [1]. Latissime etiam patet poenae in jure nostro appellatio, quippe omnino omne complectens incommodum, quo cohibentur ii, qui contra faciunt officium suum, sive legibus, sive privatorum arbitrio id statutum sit [2], itemque, sive pro infecto tantum ac nullius momenti habeatur, quod factum est [3], sive in rei suae familiaris aliquam jacturam incidat is, qui contra quam oportuit fecerit [4], sive peculiaris ei quaedam noxiae vindicta irrogetur. Quae quidem posterior, ut proprie poena vocatur, ita etiam facta illicita ejusmodi, quae illo modo coercentur, prae ceteris delictorum nomine veniunt, eaque aut publica sunt, quorum vindicta proxime spectat ad rempublicam, aut privata, e quibus actio obligatioque oriunda privatorum hominum est, eorum potissimum, ad quos proxime incommodum ex ea re pertinet [5].

§ 90. *Quibus ex rebus judicanda sit facti qualitas legitima?*

Ut valeant facta, omninoque efficientia sint juris injuriaeque, haec in unum concurrant necesse est; tum, ut animi intentio adsit libera ac vera, tum certa adpareat voluntatis significatio. Animi intentio libera et vera his cernitur: et naturali in-

(II, 11.) — L. 30. D. *de noxal. act.* (IX, 4.) — § 2. I. *de excus. tut. et cur.*—L. 11. § 2. D. *de minor.* (IV, 4.)—L. 10. pr. § 1. L. 45. D. *de excus.* (XXVII, 1.)— L. 6. D. *ubi pup. educari vel morari debeat.* (XXVII, 2.) — (« Si vero *necessaria absentia* tutoris acciderit — .») — L. 15. § 1. D. *ad L. Jul. de adult.* (XLVIII, 5.) («Neque enim aequum visum est, absentem reipublicae causa inter reos referri —.») —L. 2. D. *eum, qui appellaverit in provincia defendi.* (XLIX, 11.)

4) L. ult. C. *de praescr. longi temp.* (VII, 33.)

5) L. 124. § 1. D. *de reg. jur.*—L. 7. 9. 10. 11. 22. § 2.—L. 23. § 3. D. *ex quib. caus. maj.*—L. 10. D. *quib. ex causis in possession. eatur.* (XLII, 4.)—L. 15. § 5. D. *ad L. Jul. de adult.*—Cf. L. 2. § 1. D. *de proc.* («Furiosus *non est absentis loco*, quia in eo animus deest, ut ratum habere non possit.»)—L. 199. § 1. D. *de V. S.* (« *Abesse non videtur*, qui ab hostibus captus est, sed qui a latronibus detinetur. »)—Vid. *Cujacii* obs. Lib. VII. obs. 34. —*Brisson.* v. *abesse* § 7. in f.

§ 89.

1) Vid. v. c. § 3. I. *ad L. Aquil.*—L. 9. § 2. D. *de minor.* (IV, 4.)—L. 51. pr. *de aedil. edicto.* (XXI, 1.) — L. 39. D. *sol. matr. dos quemadm. pet.* (XXIV, 3.)—L. 3. § 5. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII, 4.) — L. 1. in f. L. 2. D. *de itinere actuque privato.* (XLIII, 19.) — Latior multo erat hujus vocabuli sensus *ex usu loquendi communi*; nam «delinquere est praetermittere, quod non oportet praeteriri.» —*Festus* h. v. p. m. 278.

2) v. c. § ult. I. *de V. O.* — L. ult. D. *de eo, quod certo loco.* (XIII, 4.)—L. 68. 90. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—L. un. C. *de his, quae poenae nomine relinq.* (VI, 41.) — Utique tamen sejungitur poena a solo conditionum negutiis privatis insertarum neglectu, v. c. L. 2. D. *de his, quae poenae nom. rel.* (XXXIV, 6.)

3) L. 5. C *de legib.* (I, 14.)

4) L. 4, § 1. D. *ne vis fiat ei, qui in poss. miss.* (XLIII. 4.)

5) Rubr. Tit. Dig. *de privat. delictis.* (XLVII, 1.) — L. 7. D. *de publ. jud.* (XLVIII, 1.) — L. 1. § ult. D. *de poenis.* (XLVIII, 19.)— Cf. L. 131. D. *de V. S.*—L. 200. *eod.*—L. 17. § 18. D. *de aedil. edicto.* (XXI, 1.)—Vid. et *Fr. Duareni* Disput. anniverS. l. c. 36. — *Cujacii* obs. VIII, 33.

telligendi facultate, et libero animi judicio, et seria mentis cogitatione. Quodsi, quae fiunt, duobus illis prioribus, aut utroque, aut alterutro, prorsus vacant, pro nihilo est plerumque), quod agitur.

§ 91. I) *De animi intentione; 1) quibus ex causis naturalis facultas intelligendi impediatur* (*).

Fieri pluribus modis potest, ut in hominum intelligentiam cadere non possint, quae ab ipsis aliisve aguntur. Nam aut omnino quis deficitur intellectu, ut furiosus, aut nondum est perfectum ejus judicium, ut in impubere [1]), aut sensibus caret iis, quorum potissimum opera perfectae rerum imagines notionesque menti adquiruntur, ut surdus et mutus [2]), aut idoneam per se quidem habet rerum intelligentiam, verumtamen sibi haud conscius est facti, dum agitur. Idque maxime fit, cum vel vehementioribus animi commotionibus homines a recta ratione avertuntur, velut iracundia [3]), vel ebrietate sensus perturbantur [4]), denique, cum ita mens affecta est, ut impetu quodam animi potius, quam cogitatione facere quis videatur [5]).

§ 92. 2) *De libero agentis judicio ejusque impedimentis. Loci constitutio.*

Tollitur impediturve agendi libertas aut vi metuque adhibito, aut errore, eoque vel dolo excitato, vel aliunde profecto. Qui coactus aliquid facit, plenissimam ejus rei, quae agitur, intelligentiam habere videtur [1]), nisi tanto sit perculsus timore animus, ut rei veritatem perspicere plane nequeat; id quod perraro fiat. Contra vero, cum errore quis lapsus in factum aliquod inciderit, non magis ejus rei, quae agitur, habere videtur intelligentiam, quam ille, qui eo tempore, quo quid agitur, naturali intelligendi facultate prorsus caret. Verumtamen eo differunt, quod errore non ita animus afficitur et tamquam morbo corripitur, ut rationi omnino nequeat obtemperari, sed impeditur tantum, quo minus in eo

§ 90.

1) Nam cf. a) infra doctrinam de in integr. restit. propter metum et dolum § 163. 164. — b) L. 48. D. *de reg. jur.* — L. 5. C. *de injur.* (IX, 35.)

§ 91.

(*) *J. C. Hoffbauer* die Psychologie in ihren Anwendungen auf die Rechtspflege. Halle 1808. ed. 2. 1823.

1) Furiosus et pupillus non fere obligantur, nisi quatenus ex re venit obligatio. — L. 46. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — Cf. *A. D. Weber* von der natürl. Verbindl. § 71. — Est tamen naturalis inter utrumque differentia. Ideo «in negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia, tutore auctore, agere potest.» — L. 5. D. *de reg. jur.* — Vid. et § 10. I. *de inutil. stipul.* — L. 111. D. *de reg. jur.* — L. 5. § 2. D. *ad leg. Aquil.* (IX, 2.) — L. 23. D. *de furtis.* (XLVII. 2.)

2) L. 12. § 2. D. *de jud.* (V. 1.) («Natura — impediuntur, ne judices sint — surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, *quia judicio carent.*») — § 3. I. *quibus non permitt. fac. test.* — L. 10. C. *qui testam. fac. poss.* (VI, 22.) (Cf. Pars spec. Lib. I. cap. I.)

3) L. 48. D. *de reg. jur.* — L. 3. D. *de divort.* (XXIV. 2.) — L. 19. C. *de inoff. test.* (III, 28.) — L. 2. C. *ad. leg. Jul. Maj.* (IX, 8.) — L. 5. C. *de injur.* (IX, 35.) — *W. A. Lauterbach* (resp. *Reuss*) D. de ira, ejusque in jure effectib. Tub. 1669. 4. — *E. C. Westphal* Grundsätze von rechtl. Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen, erlaubten u. unerlaubten Handlungen. Halle 1784. 4. — *G. H. v. Berg* jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Th. I, nr. IX.

4) c. 7. § 1. C. XV. qu. 1. («Nesciunt, quid loquantur, qui nimio vino indulgent: jacent sepulti: ideoque si qua per vinum deliquerint, apud sapientes judices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur auctores.») — *H. Bodinus* (resp. *Koehlau*) D. de jure circa ebrietatem. Hal. 1697. 4.

5) *Cic.* de invent. II, 5. — Cf. *J. F. Ludovici* D. an et qualenus affectus humani in foro considerentur. Hal. 1706. 4.

§ 92.

1) L. 21. § 5. D. *quod met. causa.* (IV. 2.) — Cf. *Schulting* et *Smallenburg* ad h. l. et § 93. not. 7. 8.

ipso, quod fiat, vera sinceraque secerni possint a falsis ac fucatis. Quod quidem satis sit causae, cur et vim metumque, et errorem, ut judicandi libertatem in mente caeteroquin sana impedientia, ab ipsius animi velut vitiis sejunxerimus. Erroris autem causas quod attinet, de dolo quidem separatim erit tractandum, cum et omnino latius pateat hic locus, et jurium quoque eorum ratione, quae ex errore proficiscantur, a ceteris hujusce impedimenti causis separandus sit.

§ 93. *Vis et metus* (*).

Vis est impetus quidam major, qui necessitatem agendi contrariam voluntati imponit [1]. Est vero vis aut justa, quae ab eo, qui habet cogendi potestatem, recte, i. e. legitimo modo infertur, qualis est, quam magistratus in sententiis exsequendis adhibere solent [2]; aut injusta, quae injuria fit, eaque vel publica est, quae armis admittitur, vel privata, quae sine armis infertur [3]. Metum interpretamur opinionem impendentis mali, quod intolerabile esse videtur [4]. Debet autem timor, cujus quidem ratio sit habenda, esse justus, i. e. nec vanus, qui in hominem constantem cadere non potest [5], nec mere reverentialis, ut vocant [6], nec juste ab eo, qui potestatem habet comminandi, illatus. At, quamvis fuere, qui arbitrarentur, sapientis viri et constantis nec futurorum malorum metu nec praesentium dolore commoveri voluntatem [7], tamen Romani id esse ratum passi non sunt, quod vi metuque gestum esset [8]; unde etiam factum, per se quidem illicitum, imputari non poterit ei, qui coactus fecit [9], dummodo metus sit talis illatus, qui justam excusationem mereatur [10].

§ 94. *Dolus* (*).

Dolus [1]) proprie dicitur, quodcunque vel simulando vel dissimulando fit [1 a]). Jam

§ 93.

(*) Dig. (IV. 2.) *quod metus causa gestum erit.* — Cod. (II, 20.) *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.* — *Nic. Hier. Gundling* lib. sing. de efficientia metus tum in promissionib. liberarum gentium, tum etiam hominum privatorum, auxiliisque contra metum. Hal. 1711. 4.

1) [Sensu arctiore vero id quod corpore fit quo quis cogatur ad faciendum aliquid. E. G.] L. 1. L. 2. D. *h. t.*

2) L. 3. § 1. *h. t.*

3) § 8. I. *de publ. jud.* — *Cic.* or. pro Caec. c. 31. 32. — *Gellius.* Lib. XX. c. 10. in f. — Cf. *de Savigny* in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. III. Nr. 17.

4) *Cic.* Tusc. quaest. IV, 7. — Cf. L. 1. 5. D. *h. t.*

5) L. 3. in f. — L. 4. 5. 6. 7. D. *h. t.* — L. 9. pr. *eod.* (« Metum autem *praesentem* accipere debemus, *non suspicionem inferendi ejus.* ») — L. 2. § 1. L. 3. D. *ex quib. caus. maj.* (IV, 6.) — L. 13. C. *de transactionib.* (II, 4.)

6) L. 6. C. *h. t.* — L. 22. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII, 2.) — *Sam. Fr. Willenberg* D. de metu reverentiali. Ged. et Lips. 1712. 4.

7) *Cic.* Tusc. quaest. IV, 6. in f. — Cf. *Heineccii* opusc., in quib. historia edictorum aliaque continentur p. 397. not. b. — L. 21. § 5. D. *h. t.*

8) L. 21. § 3. L. 22. L. 23. § 1. D. *h. t.* — L. 6. § 7. D. *de a v. o. h* (XXIX, 2.) — L. 17. pr. D. *qui et a quib. manumissi liberi non fiunt.* (XL, 9.) — L. 7. C. *h. t.* — *Senecae* controv. IV, 26. — Nec *hoc quidem nomine* differunt vis et metus. — L. 1. D. *h. t.* — Vid. *Noodt.* ad Tit. Dig. quod met. c. init. — *Schulting* enarrat. part. primae Dig. IV. 2. § 1. — Caeterum hunc quoque in locum fere conferenda est observatio, quae in f. § seq. (sub. or. 3.) legitur.

9) *C. A. Tittmann* Handb. der Strafrechtswiss. I. § 97.

10) Nam « vani timoris justa excusatio non est. » L. 184. D. *de reg. jur.* Cf. not. 5. — Nec merae persuasionis habetur ratio [L. 3. D. (XXIX. 6.) et L. 3. C. (VI, 34.) *si quis aliquem testari prohibuerit*], nisi dolo egerit persuadens. — L. 9. § 1. D. *de dolo malo.* (IV, 3.) — L. 7. C. *eod.* (II, 21.) — *Sam. Stryk* D. de jure persuasionis. Frcf. 1678. 4. — *Leyser* meditt. ad Pandect. sp. 42. med. 2.

§ 94.

(*) Dig. (IV, 3.) *de dolo malo.* — Cod. (II, 21.) *de dolo malo.* — *G. Noodt* de forma emendandi doli mali in negotiis admissi liber (opp. T. I, p. 307. sqq.).

1) Cf. *Cic.* de offic. III, 14. in f. et 15. — *Gothofredi* auctt. lat. ling. p. 1356.

1 a) Vid. not. 7. et 8. — *Hasse* die Culpa des röm. Rechts § 17.

etenim a verbi proprietate [2]) receditur, cum hoc nomine appellatur et injuria qualiscunque scienter admissa [3]), et omne id, quod contrarium est bonae fidei [4]), tum vero etiam, quodcunque aliquid in se habeat iniqui [5]). Latissime tamen in jure nostro patet prioris istius quamvis impropriae notionis usus, ad eamque potissimum referendae sunt doli divisiones, quibus a recentioribus nomina indita sunt haec: doli clandestini et aperti, veri et praesumpti [6]), ex propositio et ex re [7]). Est autem dolus, ut proprie dicitur, aut bonus, aut malus. Et bonum quidem dolum juris nostri auctores interpretantur solertiam cum dissimulatione conjunctam, qua aliorum fraudibus occurratur, velut si adversus hostem latronemve quis machinetur [8]). Dolus autem malus, de quo quidem solo hic quaeritur, Labeone definiente, est calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, decipiendum, fallendum alterum adhibita [9]). Jam vero, quod dolo malo elicitum est, ut nec ei prodest, qui dolum admisit [10]), ita nec incommodo quodam detrimentoque afficiet eum, qui in errorem ab altero inductus est). Qua quidem in re haec inprimis tenenda sunt: 1) Neminem eo solo dolose facere videri, quod aut rem aliquam vel minoris vel pluris, quam vere habenda sit, aestimet, liberalioribusve eam efferat laudibus [12]), aut reticeat ea, quae ipsi sint nota, nisi vel celet quis alterum sui emolumenti causa, quod hujus intersit non ignorare [13]), vel, quod igitur, ex eo causarum sit genere, ut praestanda sint, et quae dicuntur, et quae tacentur [14]). Neque 2) de dolo alterius conqueri posse alterum, sit aut facile providere potuit atque cavere, ne deciperetur [15]), aut reapse non est deceptus [16]). Denique 3) animadvertendum est, in singulis negotiis causisque dolum admissum non utique esse eodem loco habendum, verum in aliis aliam ejus esse vim; de quo quidem plura dicentur suis quacque locis [17]).

2) Cf. *Cic.* de offic. III. 14. in f. et 15. — *Gothofredi* auctt. lat. ling. p. 1356.

3) L. 14. § 13. D. *quod met. causa.*—L. 23. § 9. D. *ad Leg. Aquil.* (IX, 2.) — L. 2. § 8. D. *de vi bonor. raptor.* (XLVII, 8.) — L. 7. D. *ad L. Cornel. de sic.* (XLVIII, 8.) — Haec igitur doli definitio similiter spectat ad dolum civilem et criminalem, ut vocant. Vid. quae novissime de hoc argumento scripsit *H. R. Stoeckhardt* in Themide T. II. Nr. IX.

4) L. 3. § 3. D. *pro socio.* (XVII, 2.) — *C. F. Elversii* doctr. de culpa p. 9 sq. — *Stoeckhardt* l. l. p. 281 sqq. Nr. 10.

5) Unde exceptio doli, quae generalis a recentioribus vocatur; L. 2. § 4. 5. et 6. L. 4. § 4. L. 8. D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV, 4.)—L. 173. § 3. D. *de reg. jur.*— L. 8. § ult. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* (XX, 6.)— L. 36. in f. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. et § 30. I. *de actionib.* — L. 29. D. *de jure dotium.* (XXXIII, 3.)—L. 23. D. *sol. matr. dos quemdam. pet.* (XXIV, 3.)—L. 25. D. *de administr. tut.* (XXVI, 7.) — Cf. *Burchardi* die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vor. Stand. § 18. p. 297 sqq.

6) Ita vocant maxime propter L. 8. § 9. L. 44. D. *mandati.* (XVII, 1.)—L. 7. pr. D. *de admin. et peric. tut.* (XXVI, 7.)—L. 41. D. *ad leg. Falcid.* (XXXV, 2.)—L. 5. C. *de injuriis.* (IX, 35.)—At vid. quae contra scripserunt *Hasse* Culpa § 23. et *Wening* im neuen Archiv des Criminalr. T. II. Nr. IX. — *Domp. de Jonquières* de rest. in int. tit. 3. § 8. — *Auctoris* cont. comment. *Gluckii.* T. XXXVI. p. 77. not. 68.

7) Quam quidem distinctionem repetere solent ex L. 36. in f. *de v. O.* (XLV, 1) — (Vid. *Petri* except. II, 57.)—L. 7. § 11. D. *de pact.* (II. 14.) — L. 1. in f. D. *depositi.* (XVI, 3.)—At varie JCti hanc rem interpretantur. — Cf. *Glück* Commentar nach *Hellfeld* IV. p. 112. not. 2. — Vid. etiam *Wening* l. l. § 11. p. 217 sqq.

8) L. 1. § 2. 3. *h. t.* — L. 77. § 31. *de leg.* II. — *Ev. Otto* D. de dolo bono (in ej. Diss.).

9) L. 1. § 2. D. *h. t.*—L. 7. § 9. 10. D. *de pact.*— L. 43. § 2. D. *de contr. emt.* — *Fr. Hotomani* observ. IV, 4. — *Ulr. Huber* Digress. Justin. IV. 25. — *Noodt* l. l. c. II.

10) L. 1. § 1. L. 4. § 13. D. *de doli mali et met. exc.*

11) L. 1. pr. D. *h. t.* — Cf. L. 7. § 10. *de pact.* Quem in locum vid. *Best* rat. emend. leg. III. § 9 sqq. (*Hoepfner*) Samml. der röm. Gesetze ins Teutsche übersetzt (Frcf. 1785. 8.) p. 25. et *Auctoris* cont. comm. *Gluckii.* T. XXXVI. p. 80 sqq. not. 72.

12) L. 16. § 4. D. *de minor.* (IV, 4.)—L. 43. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 19. pr. *de aedil. edict.* (XXI, 1.) — L. 10. C. *de resc. vend.* (IV, 44.)

13) *Cic.* de off. III, 13.

14) L. 1. § 2. L. 17. § 20. L. 18. D. *de aedil. edicto.*

15) L. 43. § 1. D. *de contr. emt.* — L. 14. § u t. L. 55. in f. *de aedil. edicto.*

16) *Cic.* de off. III, 16. in f. — L. 36. D. *h. t.*

17) Vid. loc. de integri restitutione, de sponsalibus matrimoniisque ineundis, de conventionibus, de testamentis.

§ 95. *Error et ignorantia* (*).

Error et ignorantia, quæ quidem eodem loco in jure habentur, ita differunt, ut error sit ejus rci, de qua falsum ferimus judicium, ignorantia autem, cujus nulla est in mente nostra vel cogitatio vel notitia. Est vero error aut juris, aut facti [1]). Factum hic intelligimus omne id, quodeunque non ad juris objectivi nomen referri potest, adeoque error facti vel de personis est [2]), vel de rebus [3]), vel de jure subjectivo, denique de eventibus factisque, ut proprie dicuntur; quo in genere et facti proprii et alieni error distinguitur [4]). Et varia est erroris vis in juris factique quaestionibus definiendis. Nam I) sunt quaedam causae, in quibus prorsus nulla habetur erroris ratio, scilicet, ut nec prosit error, nisi interdum ex jure singulari [5]), nec noceat, velut hae: et quae sine cujusquam consensu obligationes actionesque efficiunt [6]), et quae tempore perimuntur [7]), et quae ad naturalis obligationis solutionem spectant [8]), et cum quaeritur, valeantne ea, quae contra legum vel praeceptionem vel prohibitionem aguntur [9]), denique, quoties plus est in re ac veritate, quam in existimatione mentis [10]). Contra vero II) nonnunquam error deesse non debet, aut ad malae fidei possessoris incommoda avertenda [11]), aut tamquam juris constituendi necessaria quaedam conditio [12]); qua in re hoc etiam anquiritur: cujusnam potissimum scientia ignorantiave spectari debeat, utrum ejus, cujus negotia geruntur, an ipsius, qui gerit [13])? III) Fit etiam propter errorem, ut pro nullis habeantur, quae facta sunt, negligentiae autem venia detur. Quae quidem quaestio, ad quam totus hicce locus potissimum spectat, his fere regulis generatim continetur: 1) Quotiescunque impedit error, quominus rei alicujus gerendae consensus necessarius adsit, pro nihilo est, quod agitur [14]): quae tamen res pro diversa negotiorum indole et natura varie erit aestimanda [15]). 2) Quod si alterius error alteri nocuit, ille quidem

§ 95.

(*) Dig. (XXII, 6.) et Cod. I. 18.) *de juris et facti ignorantia.*—*H. Donelli* commentarii juris civ. Lib. I. cap 17 — 23. —*Gundling* die schwere Lehre von dem Irrthum in der Rechtsgelahrtheit (Gundlingiana St. XXXII. Nr. I.)— *Auctoris* Diatr. über juris und facti ignorantia und deren Einfluss auf Rechtsverhältnisse (Archiv f. civilist. Praxis Bd. II. Nr. XXXV.). — *v. Loehr* Auszug aus einer Probeschrift (von *Hermann*) über die juris und facti ignorantia (Magaz. für Rechtswissensch. u. Gesetzgebung Bd. IV. Nr. IV.).

1) L. 1. D. *h. t.*

2) L. 9. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 3. pr. D. *de Scto Maced.* (XIV. 6.)—L. 2. § 15. 16. D. *pro emtore.* (XLI. 4.)—§ 4. I. *de vulg. substit.*— L. 96. D. *de A. V. O. H.* (XXIX, 2.)

3) L. 9. 57. 58. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)— L. 10. pr. *eod.* — L. 62. § 1. *eod.*

4) L. 3. pr. D. *h. t.*—L. 5. in f. D. *pro suo* (XLI, 10.) — L. 42. D. *de reg. jur.* — Cf. § 96. not. 5.

5) v. c. L. 7. § 5. D. *de minor.* (IV, 4.) — L. 1. C. *h. t.* — L. 1. 4. C. *si adv. rem. jud.* (II, 27.)

6) Velut L. 1. pr. et § 3. D. *nautae, caupones, stabularii,* etc. (IV, 9.)—L. 1. pr. et § 4. L. 6. § 2. D. *de his, qui effuder. vel dejec.* (IX, 3.) —L. 56. D. *de re jud.* (XLII, 1.) —Cf. *Auctoris* Diatr. § 1. et § 2. p. 367 sqq. et infr. not. 15.

7) L. 8. C. *de dolo malo.* (II, 21.)—L. 3. in f. C. *de praescript. 30 vel 40 annor.* (VII, 39.) — Cui obstare videtur nonnullis L. 6. D. *de calumniator.* —Vid. *Auctoris* Diatr. cit. p. 366. 2. a.

8) L. 19. pr. *de cond. ind.* — Cf. *Auct.* Diatr. p. 369. not. 23.

9) L. 1. C. *de interd. matrim. inter pup. et tut.* (V. 6.) [Excepti. L. 57 § 1. D. *de R. N.* (XXIII, 2.) et L. 4. C. *de inc. nupt.* (V, 4.). — Vid. infra. § 506. nr. 5. — E. G.]

10) L. 9. § 4. *D. h. t.*—L. 1. C. *de delator.* (X, 11) —Caeterum cf. L. 2. § 15. D. *pro emtore* (vid. *Unterholzner* von der Verjähr. durch fortgesetzten Besitz p. 152. et 153.).—L. 15. D. *de A. O. V. H.* (XXIX. 2.)—L. 14. 15. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — Vid. *Gluckii* Pand. nach *Hellfeld.* Bd. XXII. p. 285 sqq.

11) L. 25. § 6. *de her. pet.* (V, 3.)

12) L. 27. D. *de contr. emt.*—L. 16. § 2. D. *de lib. causa.* (XL, 12.)—L. 7. § 5. 6. D. *pro emt.*—L. 109. D. *de V. S.* — specialim condictionis indebiti. L. 22. pr. L. 32, § 13. L. 54. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)—. Quo in genere etiam sunt, quae de erroris causa probanda apud veteres leguntur. —Vid. *Gaji* Instit. I. § 67 sqq.

13) L. 51. D. *de aedil. edicto.* (XXI, 1.) — L. 16. § 3. D. *de lib. causa.*—L. 49. § 2. D. *de A. V. A. P.* (XLI, 2.) — L. 47. D. *de usurp.* (XLI, 3.)

14) L. 15. D. *de jurisd.* (II, 1.)—L. 2. pr. D. *de judic.* (V, 1.)— L. 20. D. *de aqua et aquae pluv. arc. act.* (XXXIX. 3.) (« Nulla voluntas errantis est. ») — L. 4. 5. 8. 9. C. *h. t.*

15) L. 18. pr. D. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 9. pr. et § 2. D. *de contr. emt.* — L. 58. *eod.* — L. 72. § 6. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1.)—L. 35. *de acq. rer. domin.* (XLI, 1.) § 4. I. *de legat.*

ad damnum datum resarciendum, cum ex lege [16]) tenetur, tum ex culpa, quam in errore contrahendo admiserit; in qua aestimanda haec inprimis animadvertenda sunt: utrum juris sit ignorantia, an facti [17]), item, facti proprii an alieni, tum, justam habeat is, ad quem ea res pertinet, ignorantiae causam, an scire etiam debuerit factum alienum, ut in culpa sit, nisi diligenter ante exploraverit rem [18]). Contra vero 3) cum id tantum agitur, ut ne cum alterius damno alter fiat locupletior, sufficiet, ut de errore rite doceatur [19]). Praeterea 4) illud non est praetereundum, imperfectam aetatem tantundem valere in impuberibus, quantum in caeteris valeat ignorantia [20]). 5) Omnino autem, ubi de eo quaeritur, an venia detur errori impunitasque? differentia est, eademque gravissima inter juris et facti ignorantiam; de qua quidem mox peculiariter dicetur.

§ 96. *Quid intersit inter juris et facti ignorantiam.*

Jam vero inter juris et facti ignorantiam, quoties quidem aut de eo solo quaeritur, an omnino adsit consensus, aut id tantummodo agitur, ut ne quis rei suae familiaris jacturam faciat, nihil fere est, quod differat [1]). At in reliquis plerumque differunt, hoc pacto, ut venia non detur juris ignorantiae, dummodo ne defuerint, quos consuleret is, qui in jure erravit [2]). Jus enim non ignorare omnes oportet, quicunque obediant legibus (§ 50. not. 1.); neque eodem loco error in jure, quo facti ignorantia haberi debet, cum jus sit finitum, facti interpretatio saepius etiam prudentissimos fallat [3]). Facti igitur ignorantia lapsi in integrum restituuntur, nisi aut summa sit errantis negligentia [4]), aut facti proprii quis praetendat ignorantiam [5]), aut sua ipsius culpa aliquis contraxerit errorem (§ 95. not 17.). Proinde in hisce causis fieri fere solet, ut noceat error in jure, prosit vero facti ignorantia: 1) cum de juribus acquirendis quaeritur [6]), nisi ad id genus causarum pertineat ea res, de qua agitur, in quibus prorsus nulla habetur erroris ratio (§ 95. Nr. I.). Nocet igitur in usucapionibus [7]), in bonorum possessionibus atque hereditatibus [8]), tum vero in obligationibus actionibusque

— L. 9. pr. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 22. D. *de A. V. O. H.* — c. un. C. XXIX. qu. 1.

16) v. c. L. 13. pr. *de act. emti vend.* (XIX, 1.) —L. 1. § 2. D. *de aedil. edicto.* (XXI, 1.)

17) Culpae praestatio etiam in erroris quaestione ex communibus praeceptis erit aestimanda; at, qui juris ignorantia ductus alteri damnum dedit, in culpa fuisse plerumque existimandus est.

18) L. 5. in f. D. *de reb. cred.* — L. 42. *de reg. jur.* — Cf. *Gundling* l. l. § 14. 16. 20. 21. 22. 23. 24.

19) L. 22. pr. L. 32. § 1. 3. L. 54. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)

20) L. ult. D. *h. t.*—Vid. *Glück* l. l. p. 368 sqq. —Caet. cf. § 91. not. 1.

§ 96.

1) Vid. § 95. not. 14. et 19.—Add. L. 206. D. *de reg. jur.*—L. 15. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)—L. 7. D. *h. t.* («Juris ignorantia suum petentibus non nocet.»)—L. 8. in f. *eod.* (« Omnibus juris error in damnis rei suae amittendae non nocet.»)— L. 16. § 2. D. *de minor.* (IV, 4.)—L. 20. pr. *fam. ercisc.* (X, 2.) — L. 38. D. *de cond. indeb.*— L. 10. C. *eod.* (IV, 5.)— L. 79. D. *de leg* II.— L. 1. pr. D. *ut in poss. legator.* (XXXVI, 4.)— L. 16. § 14. *de publicanis.* (XXXIX, 4.) — Dissentiunt tamen, quod quidem ad indebiti condictionem attinet, tantum non omnes, maxime propter L. 10 C. *h. t.* Quam quidem controversiam infra explicabimus, eo in loco, qui est de indebiti condictione. Vid infra § 380. not. 8.

2) L. 9. § 3. *h. t.* — L. 10. D. *de bon. poss.* (XXXVII, 1.)

3) L. 9. D. *h. t.*

4) Quae etiam supina ignorantia, negligentia crassa, ignorantia deperditi aut nimium securi hominis appellatur. — L. 3. § 1. L. 6. 9. § 2. D. *h. t.* —Cf. L. 11. § 3. D. *de inst. act.* (XIV. 3.)

5) L. 3. pr.—L. 5. D. *h. t.* (Cf. *Heineccium* ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 6. § 2. et *Glück* l. l. p. 309. sqq.)—L. 7. D. *ad Sct. Vellej.* (XVI, 1.)— L. 5. § 1. D. *pro suo.* (XLI, 10.)— Cf. *C. L. Crell* (resp. *Peckold*) D. de ignorantia facti proprii interdum innocua. Vitemb. 1741. 4.

6) L. 7. D. *h. t.* (« Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. ») — L. 8. *eod.*

7) L. 4. D. *h. t.* — L. 31. D. *de usurp.* (XLI, 3.) —L. 2. § 15. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — Cf. L. 1. § 10. D. *de aqua quot. et aest.* (XLIII, 20.)

8) L. 1. § 1. 3. 4. D. *h. t.* — L. 9. § 1. *eod.*

quaerendis [9]). Attamen singulari jure receptum est, ut ad lucri causam id quoque referendum sit, quod jure retinere potuerit heres, juris tamen ignorantia captus, testatoris secutus voluntatem, solverit [10]). — Praterea haec, quam diximus, differentia valet etiam 2) in litium coram judice tractandarum ac ratione [11]), nec non 3) indelictorum causis [12]). Sunt vero, qui etiam ob juris ignorantiam excusantur [13]), cum in omnibus, ut minores, quibus utique, sicubi non est delinquendi animus, sed juris ignorantia, datur erroris venia [14]), tum in singulis tantummodo causis, ut foeminae [15]), ut milites [16]), ut ii, quibus propter rusticitatem jus ignorare nonnumquam est permissum [17]).

§ 97. 3) *Animi intentio seria.*

Habentur etiam pro infectis, quae aut jocandi animo fiunt [1]), aut per simulationem aguntur [2]), salvo scilicet eorum jure, quorum forte decipiendorum causa talia facta sint [3]). Quod si vero ita, qui quid agunt, veram animi sui sententiam dissimulant, ut eo, quod simulate agitur, tamquam velamento obtegant aliud quoddam negotium, de quo quidem incundo seria cogitant mente, tum id valet, quod vere agitur [4]), dummodo omnino possit valere [5]). At nonnumquam ipsi juris nostri auctores imaginarias jurium formas putarunt adhibendas, ne propter summum jus impedirentur ea, quae aequitati veraeque usti tiae quamvis egregie convenirent [6]).

9) L. 3. pr. D. *ad Sct. Mac.* (XIV, 6.)—L. 8. § 2. D. *qui satisdare cogantur.* (II, 8.)—L. 29. pr. D. *mandati*(XVII, 1.)—Cf. *Auctoris* Diatr. p. 390 sqq.

10) L. 9. § 5. D. *h. t.* « Si quis jus ignorans lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola D. Pii.— — — Quod si ideo repetitionem ejus pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt : *sciant ignorantiam facti, non juris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus.* ») —L. 2. C. *de fideicommissis.* (VI-42.) (Cf. L. 2. C. *si adv. solut.*(II, 33.)—L. 7 C. *de cond. indeb.* (IV, 5.)—Cf. *Auct.* Diatr. cit. § 5. p. 392—395.

11) L. 2. D. *de confessis.*(XLII, 2.)(«Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit.»), et Arg. L. 1. C. *h. t.* — *Auct.* libell. cit. § 5. B. p. 391—392.—L. 29. pr. et § 1. D. *mandati.* (XVII. 1.)

12) L. 1. D. *de legib.* («——delictorum, quae sponte *vel ignorantia* contrahuntur, coërcitio. ») —L. 11. § 4. D. *de his, qui not. infamia.* (III, 2.) (« Notatur etiam, qui eam duxit, sed si sciens : Ignorantia enim excusatur, *non juris, sed facti.* ») —L. 15. pr. D. *de lege Cornelia de falsis.* (XLVIII, 10.) — L. 17. § 5. *de publ.* (XXXIX, 4.)

13) Cf. inter se, quae de hoc argumento inveniuntur in *Hufeland* civilist. Abhandl. I. Nr. V.—*Loehr.* s. *Hermann* l. l. p. 50 sqq.—*Auctoris* Diatr. p. 452 sqq.

14) L. 9. pr. D. *h. t.*—L. 7. § 6. D. *de minor.*(IV, 4.) — L. 2. C. *si adv. solut.* (II. 33.) —L. 7. D. § 11. 12. — L. 8. D. *de minor.*—Tit. Cod. *si adv. rem jud.* (II, 27.) — L. 9. § 5. *de minor.* — L. 38. § 4. D. *ad leg. Jul. de adult.* (XLVIII, 5.)

15) L. 3. C. Th. *de integri restit.* (II, 16.) — L. 9. pr. D. *h. t.* — L. ult. C. *h. t.* — L. 8. D. *h. t.* — L. 11. C. *h. t.* — L. 6. C. *qui admitti ad b. p. poss.* (VI, 9)—L. 2. § 7. *de jure fisci.* (XLIX, 14.) —L. 8. § 2. in f. *qui satisd. cog.* (II, 8.)—L. 2. § 1. D. *de inspic. ventre.*(XXV, 4.)—L. 15. § 5. D. *de lege Corn. de fals.* (XLVIII, 10.)—L. 38. § 2. *ad leg. Jul. de adulter.*

16) L. 9. § 1. D. *h. t.* — L. 1. C. *h. t.* — L. 5. C. *de his, qui sibi adscr. in test.* (IX, 23.)—L. 4. in f. D. *de re milit.* (XLIX, 16.)

17) L. 8. C. *qui admitti ad b. p. poss.* — L. 2. § 1. D. *si quis in jus voc. non ierit.* (II, 5.)— L. 2. § 7. D. *de jure fisci.* — L. 1. § 5. D. *de edendo.* (II, 13.)

§ 97.

1) L. 3. in f. D. *de O. et A.* « — nec enim si per jocum — ego tibi dixero : spondes ? et tu respondeas : spondeo, nascetur obligatio. »

2) L. 55. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)—L. 12. D. *de aq. et aq. pluv. arc. act.* (XXXIX, 3.) —L. 54. D. *de O. et A.* — L. 21. C. *de transactionib.* (II, 4.) — Cf. *Henr. Cocceji* D. de simulatione. Frcf. 1693. 4.

3) L. 49. pr. D. *de act. emt. vend.* (XIX, 1.) — *Leyser* meditt. ad Pand. sp. 42. med. 5.

4) Tit. Cod. *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.*(IV, 22.) — L. 46. D. *locati.*(XIX, 2.)—L. 6. D. *pro donato.* (XLI, 6.)—L. 3. 9. C. *de contr. emt.*(IV, 38.)

5) L. 38. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 5. § 5. L. 7. § 6. L. 31. § 4. 5. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — L. 3. C. *de postulando.* (II, 6.)

6) L. 66. D. *de jure dotium.* (XXIII, 3.) — Vid. *Jac. Constantinci* subtilium enodation. Lib. I. c. 15. (*Otto* thesaur. IV. p. 508 sqq.) — Vid. *de Water* observ. jur. rom. (Traj. Bat. 1713. 4.) Lib III. c. 13.

§ 98. II) *Voluntatis significatio.*

Neque vero liberum animi judicium certumque agendi consilium pro facto cuiquam imputari potest, nisi etiam voluntatis declaratio, certis indubitabilibusque signis facta, accedat [1]). Fit autem haecce voluntatis significatio aut actu quodam corporali, ut in delictis, ut in possessionis apprehensione, aut sola voluntatis professione, eademque vel expressa, ut aiunt, vel tacita. Prior illa item fit dupliciter, id est, vel verbis, sive ore prolatis sive scriptis [2]), vel factis, iisque talibus quae instar obtinent verborum, velut nutus [3]). Tacita est, quae aut necessaria aut certe probabili ratione, eaque tali, quae ad fidem judici faciendam sufficiat, ex aliis dictis factisque argumentando efficitur [4]); quid? quod nonnumquam et sola taciturnitas voluntatis est indicium [5]), quae tamen res multas habet cautiones [6]). Differt etiam tacitus consensus a praesumto, quippe qui, licet et ipse voluntatis conjectura haud improbabili nitatur, tamen, nisi etiam legislatoris decreto adjuvetur, probandae rei haud sufficiat; isque semper admittit contrarii probationem [7]). Quod si ne hanc quidem lex concessit, fictum consensum recentiores dicere consuerunt [8]).

§ 99. *De iis, quae aliorum vel auctoritate vel assensu fiunt.*

Quae aliena auctoritate assensuque fiunt, aut ad utrumque, et ad eum, qui est facti auctor suasorque, et ad ipsum, qui agit, aeque pertinent, ut in factis illicitis [1]), aut ad alterutrum tantum, ut in iis, quae per procuratores geruntur [2]), aut ad neutrum, velut in his, quae non recipiunt procuratorem [3]). Non-

§ 98.

1) L. 53. in f. *de V. S.* — L. 18. D. *de poenis.* (XLVIII, 19.) — «Cogitationis poenam nemo patitur.» Cui non obstat L. 14. D. *ad leg. Cornel. de sicariis.* (XLVIII, 8.) (« In maleficiis voluntas spectatur, non exitus. ») Quae, quemadmodum intelligenda sit jam ex LL. 1. et 5. C. *de sicariis* (IX, 16.) cuique fiet perspicuum.—Cf. *Welcker* Recht, Staat und Strafe p. 553 sqq.

2) L. 38. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 4. D. *de fide instrum.* (XXII, 4.)—L. 5. *eod.*

3) L. 21. pr. D. *de leg.* 3.—L. 1. § 3. D. *de adsign. lib.* (XXXVIII, 4.)—L. 52. in fin. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)—L. 17. D. *de novat.* (XLVI, 2.)

4) L. 32. § 1. D. *de legib.* — L. 2. in f. L. 56. pr. D. *de pact.* (II, 14.) —L. 95. D. *de A. V. O. H.* (XXIX, 2.)—L. 37. pr. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.)—L. 5. D. *ratam rem haberi.* (XLVI, 8.)—L. 7. C. *de remiss. pign.* (VIII, 26.) — Caeterum adversus ejusmodi conclusiones protestatio facta prodest, cf. L. 14. § 7. 8. D. *de relig.* (XI, 7.)—L. 4. § 1. D. *quib. mod. pign. solv.* (XX, 6.) — dummodo protestatio non sit facto contraria, ut in causis L. 56. pr. D. *de pactis* et L. 5. D. *rat. rem haberi* propositis.

5) Vid. L. 142. *de reg. jur.* («Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. ») — C. 43. *de reg. jur.* in 6to. (« Qui tacet, consentire videtur. ») — L. 12. pr. D. *de sponsalib.* (XXIII, 1.)

6) Vid. *H. Brokes* D. de silentio consensum non inferente. Vitemb. 1734. 4.—*Henr. Cocceji* D. de silentio. Hal. 1750. 4. — *P. Bondam* (resp. *L. G. Snethlage*) D. de consensu tacito ex silentio. Harderov. 1764. 4. — *Glück* Pand. nach *Hellfeld* IV. § 286.— *C. S. Zachariae* lib. quaestion. IV. 22. § 2. 3. — Cf. § seq. not. 3.

7) L. 35. pr. L. 40. § 4. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 33. § 2. D. *de leg.* III. — Vid. inprimis Gloss. in h. loc., quam quidem non sequitur *Westphal* von Vermächtnissen I. § 158.) — Caeterum omnino aliter explicant notiones, de quibus hoc in Spho quaeritur: *F. G. Lautensack* D. de accurato discrimine inter consensum expressum, tacitum et praesumtum (Erf. 1710. 4.), et *Hofacker* princ. jur. civ. rom. germ. I. § 183. 184., qui quidem verbis tantum, non re distinguit inter tacitum consensum et praesumtum.

8) *Hofacker* l. l. § 185. — *Seuffert* Lehrb. d. Pandektenrechts § 72. in f.—Exempla afferri solent e L. 2. § 2. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.), tum etiam e L. 4. pr. et L. 7. pr. D. *in quib. caus. pign. tac. contr.* (XX, 2.) petita.—Caet. vid. *Weber* von der nat. Verb. § 24. not. 4. — 6., et infra locum, qui est de praesumtionibus, Cap. IV.

§ 99.

1) L. 1. § 13. et L. 3. § 16. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — L. 11. § 3—6. D. *de injur.* (XLVII, 10.)— L. 15. D. *ad leg. Cornel. de sicar.* (XLVIII, 8.)—L. 5. C. *de accusationib.* (IX, 2.) — Vid. et not. seq.

2) Vid. L. 53. D. *de acquir. rer. domin.* (XLI, 1.) — et omnino infra §§ 130 — 132. —Caeterum quae per procuratores contrahuntur obligationes, quodammodo ad utrumque, et ad dominum et ad eum, qui negotium gerit, similiter spectare videntur (§ 131. in f.).

3) L. 123. pr. D. *de reg. jur.* —L. 90. pr. *de A. V. O. H.* (XXIX, 2.)—L. 3. C. *de vind. lib. et ap. concil. manum.* (VII, 1.)

numquam autem, ut plenum habeant effectum, quae aguntur, aliorum consensu atque auctoritate opus erit, tum maxime, cum aut ab his, qui alicujus potestati subsunt, vel curae, quid gerendum est, aut negotiis, vel alienis, vel communibus sese quis immiscet, aut alter prohibere potest atque impedire, quo minus quis re sua libere utatur. Quo quidem nomine haec inprimis videntur esse praecipienda. 1) Consentire videtur is, qui vel fieri aliquid sciens patitur, quod ad se spectat, vel ab eo, qui tale quid egit, certior factus, non continuo interponit contrariae voluntatis testationem [4]; nisi certa quaedam consentiendi forma legibus praescripta est, qua non adhibita omnino non valeant, quae geruntur [5]. Caeterum nonnumquam is quoque existimatur probasse rem gestam, qui, simul ut eam rescierit, quocunque id fiat modo, contrariam suam voluntatem non profitetur [6]. 2) Consensisse etiam videri potest, qui tabulis subscripserit, sive in suo ipsius negotio confectis, sive in alieno, eo tamen, cujus aliqua saltem ratione ab ipsius consensu arbitrioque pendet exitus [7]. 3) Qui assensu suo pure ac simpliciter comprobavit factum, eatenus quidem utique adstrinxit fidem suam, ut non liceat ei convellere, quae acta sunt [8]. Caeteroquin 4) plane non obstringimur consensu nostro, nisi etiam id, cujus causa consensum est, legitimo, omnique eo, quo fieri debebat, modo consecutum sit [9].

§ 100. *Ratihabitio* (*).

Consensus vel ipsum actum antecedit, vel eidem inest, vel eum subsequitur, quae quidem ratihabitio vocatur. Rata vero haberi non modo ea possunt, quae in nostra causa ab aliis gesta sunt, verum etiam quae a nobismetipsis; videlicet cum, quae gesserimus, aut nullam omnino, aut non plenam ac perfectam habeant vim [1]; itemque tum licita facta, tum illicita [2]. Retrotrahitur autem plerumque ratihabitio ad id tempus, quo primum factum est id, de quo quaeritur [3], nisi aut juris publici quodam impedimento effectum est, quo minus jam inde ab initio negotium aliquod constaret [4], aut tempore jam elapso, intra quod fieri aliquid debuerat, ratihabitio demum subsecuta est [5], aut id, de quo agitur,

4) L. 1. § 5. D. *de exercit. act.* (XIV, 1.) — L. 16. D. *de Scto Maced.* (XIV, 6.) — L. 6. § 2. L. 53. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 12. D. *de evict.* (XXI, 2.) — L. 7. § 1. D. *de sponsalib.* (XXIII, 1.) — L. 6. C. *de remiss. pignor.* (VIII, 26.) — Nov. 123. c. 17.

5) Vid. e. c. L. 2. L. 9. § 5. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.)

6) L. 5. C. *de nupt.* (V, 4.).

7) L. 1. § 4. D. *quod jussu.* (XV, 4.) — L. 26. § 1. D. *de pignor.* (XX, 1.) — L. 8. § 15. L. 9. in f. D. *quib. m. pign. v. hyp. solv.* (XX, 6.) — Nec obstat L. 39. in f. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — Vid. *E. C. Westphal* Versuch einer systemat. Erläuterung d. röm. Gesetze vom Pfandr. § 15. not. 29.

8) L. 1. § 2. D. *de exc. rei vend. et trad.* (XXI, 3.) — L. 11. D. *si quid. in fraud. patr. fact. sit.* (XXXVIII, 5.) — L. 4. § 12. D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV, 4.) — L. 11. C. *de fideic.* (VI, 42.) — Cf. L. 4. § 1. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* (XX, 6.)

9) L. 4. § 2. D. *quib. m. pign. v. hyp. solv.* XX, 6.)

§ 100.

(*) *C. Ziegler* D. de ratihabitione ejusque effectu joris. Vit. 1670. 4. — *G. Hufeland* über den eigenthüml. Geist. des röm. Rechts (civilist. Abh.) Th. I. Nr. IV. p. 297 sqq. — Vid. inprimis *Guil. Gust. Busse* diss. de ratihabitione. Lips. 1834. 4.

1) L. 65. § 1. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII, 2.) — L. 25. C. *de don. int. V. et U.* (V, 16.)

2) L. 152. § 2. D. *de reg. jur.* — L. 1. § 14. D. *de vi et vi armata.* (XLIII, 16.) — L. 2. 4. C. *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.* (II, 20.) — Cf. *Leyser* meditt. ad Pand. sp. 504. med. 13.

3) L. 56. D. *de judic.* (V. 1.) — L. 16. § 1. D. *de pign. et hyp.* (XX, 1.) — L. 12. § 4. D. *de solut.* (XLVI, 3.) (« Ratihabitio mandato comparatur. ») — L. 71. § 1. 2. *eod.* — L. 7. pr. C. *ad Sct. Maced.* (IV, 28.) — L. 25. C. *de don. int. V. et U.* (V, 16.) — c. 12. *de reg. jur.* in 6to.

4) L. 4. § 6. D. *de offic. proc.* (I, 16.) — L. 27. L. 65. § 1. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.) — Cf. *Ziegler* l. l. § 14. — *Weber* von der nat. Verbindl. § 127.

5) L. 24. pr. D. *ratam rem haberi.* (XLVI, 8.)

juraque ex illo oriunda, jamjam ita sunt perfecta atque absoluta, ut praeteritis utique adnumeranda sint [6]). Quod si vero ex eo genere sunt negotia, quae certum juris ordinem desiderant, tum sola ratihabitione ne id quidem efficitur, ut in futurum valeant, quae ante gesta sunt [7]). Quemadmodum autem omnino voluntatis significatio, sic etiam ratihabitio tacite fieri potest [8]), hoc tamen itidem addito velut temperamento, ut nulla sit tacitae voluntatis vis, cum actui cuidam rite ineundo certa legibus forma statuta sit [9]).

§ 101. *Singuatim de negotiis juris.* I) *Eorum et notio et praecipua genera.*

Negotia juris interpretamur: facta, jurium constituendorum immutandorumve causa licite suscepta. Varia autem negotiorum genera, quibus quidem humanae societatis vitaeque civilis ratio continetur, nomen notionemque aut a legibus habent, quae modum rationemque praescribunt negotiis, aut a causa, quae ipsis subest, aut a gerentium personis. In *primo genere* juris civilis et juris gentium negotia inter se distinguuntur. Atque in illis quaedam, cum ad pristini juris rationem iniri solerent, nec conditionem, nec diem, nec procuratorem admittebant [1]), in quibus quam maxime insignes fuere *legis actiones*, quibus inter se homines dimicarent [2]); vocabulo tamen isto ad alia quoque juris civilis negotia translato, quae ad illarum actionum similitudinem apud magistratum peragi solerent [3]). *Ex causa* bifariam dividuntur negotia. Primum enim negotia inter vivos iis opponuntur, quae fiunt mortis causa [4]); quorum quidem posteriorum, certe ex juris Romani indole, hoc proprium est, ut plerumque, qui dedit promisitque, ad mortem usque liberalitatem possit revocare [5]). Deinde lucrativa et onerosa negotia, ut vocant. inter se disjunguntur [6]); sunt etiam negotia, quae mixtam quodammodo causam obtinere videntur [7]). *Ex personis* vero illud divisionis genus ducitur, quo negotia, in quibus duae aut plures gerentium per-

6) L. 20. § 1. D. *mandati.* (XVII, 1.)—L. 9. in f. *de negot. gest.* (III. 5.)—L. 3. C. *de rei vind.* (III, 32.) — L. 20. C. *fam. ercisc.* (III, 36.) — Coll. cum L. 60. D. *de reg. jur.* — Vid. *Thibaut* Versuche II. 16. — Qui quidem in seconda hujus operis editione paulium mutavit sententiam, *Welckeri* Diss. interpret. exhib. L. 9. *de negot. gest.* juncta L. 60. *de R. J.* Giess. 1813., secutos, quam tamen meam facere non potui.

7) Cf. L. 9. § 5. D. *de auct. tut.* (XXVI. 8.)

8) v. c. L. 1. § 5. D. *de exerc. act.* (XIV. 1.) — L. 16. D. *ad Sct. Maced.* (XIV, 6.) — L. 65. § 1. D. *de ritu nupt.* (XXIII. 2.)

9) L. 25. C. *de don. int. V. et U.* (V. 16.)—Caeter. haec ipsa constitutio aliquatenus recedit a communi jure, siquidem testatoris in testamento facta confirmatio in hujusmodi donationibus instar haberi debet formae. — Vid. *Hufeland* l. l. p. 302. 303. et p. 320. 321.

§ 161.

1) L. 77. D. *de reg. jur.*—L. 123. pr. *eod.* — *Dirksen* Beitr. zur Kunde d. R. R. (Leipz. 1825.) nr. IV. p. 221 sqq. — L. 51. § 2. L. 90. pr. D. *de A. V. O. H.* (XXIX, 2.)—L. 17. § 1. D. *de appell.* (XLIX, 1.) — L. 13 § 10. D. *de acceptil.* (XLVI. 4.)

2) *Gaji* instit. IV. § 10 sqq. — *Ulpiani* Fr. XI. § 24. 27. — L. 2. § 6. et 38. D. *de O. J.* (I, 2) — Vat. Fr. § 49.

3) Nominatim « in jure cessio.» — *Gaji* instit. II. § 24. — Cf. et L. 4. D. *de adopt.* (I, 7.) — L. 3. D. *de off. proc.* (I, 16.) — L. 1. C. *de adopt.* (VIII. 48.) — Cf. *F. G. Pestel* de natura legis actionum. Rintel. 1748. 4. — *C. H. Breuning* (resp. *Koepping*) dubia circa varias legis actionum actuumque legitimorum interpretationes. Lips. 1775. 4. — *Hoepfner* disquis. von den legis actionibus und actib. legitimis (commentario ad Instit. adjecta.) cum *Dirksenii* diatr. nota. l. laud. — *Auctoris* Cession p. 35 sq. not. 56. (ed. 2) — *Zimmern* R. G. § 116. — *Schilling* Bemerk. üb. röm. R. G. p. 87 sqq. not. 209. 210.

4) L. 1. pr. D. *de adsignand. libert.* (XXXVIII, 4.) — L. 27. D *de mort. c. donat.* (XXXIX, 6.)

5) Exceptiones vid. in L. 13. in f. L. 35. § 4. in f. D. *de mort. c. don.* — Nov. 78. pr. et c. 1.

6) Cf. L. 13. § 15. D. *de A. E. V.* (XIX, 1.) — L. 4. § 14. D. *de manumiss.* (XL, 1.) — § 6. I. *de legat.* — L. 17. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 4. § 29. D. *de d. m. et m. exc.* (XLIV, 4.) — Cf. § 31. ejusd. L. — L. 6. § 11. D. *quae in fraud. cred.* (XLII. 8.) — L. un. C *de imponenda lucrativa descriptione* (X. 35.)

7) L. un. C. *de imp. lucr. descr.* — L. 8. § 13. D. *quib. m. pign. solv.* (XX 6.) — Cf. omnino *J. C. Hasse* das Güterrecht d. Ehegatten I. § 110—114.

sonae concurrunt, ut in conventionibus, ab iis distingui solent, quae uni potissimum auctori adsignanda sunt; ad quod genus testamenta maxime referuntur [8]).

§ 102. II) *Quibus a rebus vis omnis negotiorum pendeat,* 1) *ex juriscommunis s. gentium ratione.*

In negotiorum justa ratione recte aestimanda, et personae, quae in iis versantur, considerandae sunt, et res, de quibus incuntur, et voluntatis significatio, quomodo fiat. Atque in personis quidem ea adpareat conditio, quae efficiat ut et rei, quae geratur, intelligentia in eas cadere possit idonea (§ 91.), et jurium constituendorum acquirendorumve seseque aliis obnoxias faciendi habeant potestatem personae [1]). Res vero, ut in privatorum sint commercio oportet [2]), ita et facultas de iis statuendi sit apud negotii auctores [3]). Quod autem ad voluntatis significationem attinet, ex juris quidem gentium praeceptis non nisi haec requiruntur: cum, ut a libera seriaque animi intentione ducatur voluntas, tum omnibus suis partibus expleta sit ac perfecta [4]), denique, ut plane et dilucide pronuntiata sit, ut, quid sit, de quo quaeritur, intelligi possit. Quo quidem nomine necesse non est, ut, et personae, et res, in quibus versatur negotium, nominibus suis propriis definiantur, verum sufficit demonstratio, i. e. rerum personarumve descriptio, talis quidem, qua certe constet, de quo senserit is, qui voluntatem suam professus est. Quid? quod nec id quidem interest, illane ipsa demonstratio vera sit an falsa; dummodo, de quonam cogitaverit negotium gerens, non in ambiguo sit [5]).

§ 103. III) *Ex juris civilis praeceptis.*

Solent tamen his, quae ex communis juris ratione sufficiunt, ut valeant negotia, quaedam eo jure, quod cujusque civitatis proprium est, alia esse superaddita, velut haec: verborum formulae solemnes [6]), testium tabellionumve usus [7]), scriptura, tum etiam principis, aut magistratus judicisve auctoritas [8]). Et testium quidem alii negotiorum constituendo-

8) Vid. tamen *Gaji* instit. II. § 103. —§ 10. I. *de testam. ordin.*

§ 102.

1) § 10. I. *de inutil. stipul.*—L. 3. C. *de i. i. r. min.* (II, 22.)—L. 2. C. *de contr. emt.* (IV, 38.)—L. 8. § 1. 2. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.)

2) Cf. infra Pars spec. Lib. II. c 1. § 213. et L. 34. § 1. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.)

3) Tit. C. *de reb. alienis non alienand.* (IV. 51.) —L. 65. in f. D. *de fidej.* (XLVI, 1.)—At cf. § 4. I. *de legat.*—L. 28. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.)—L. 5. D. *de duob. reb.* (XLV, 2.)—L. 6. C. *si aliena res pign. data sit. reis.* (VIII, 16.)

4) L. 29. pr. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — L. 1. in f. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.)—L. 55. D. *de O. et A.* (XLIV. 7.)

5) L. 34. pr D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) —L. 17. § 1. *eod.*

§ 103.

6) *Gaji* instit. II. § 117. 160. III. § 92 sqq. — Cf. tam. L. 15. C. *de test.* (VI, 23.)—§ 7. I. *de hered. qual. et differentia.*—§ 1. I. *de V. O.*—L. 1. § 2. D. *eod.* (XLV. 1.)—L. 10. C. *de contr. v. committ. stipul.* (VIII, 38.)—L. 1. C. *de formulis sublatis.* (II, 58.)

7) Cf. *Brisson.* de V. S. v. *tabellio* et *tabularius*; et *de Savigny* Gesch. d. röm. Rechts im Mittelalter I. p. 48. 49.

8) Cf. infr. not. 12. et 13. Quae apud magistratum aut judicem peraguntur, ea, cum non ad modum pertinent rationemque, jus suum in judicio persequendi, jurisdictioni voluntariae adsignari solent. propter L. 2. pr. D. *de offic. proc.* (I, 16.)—(Cf. *de Savigny* l. l. p. 81. sqq.) — Vid. et L. 2. et 8. C. *de fer.* (III, 12.)—c. 5. X. *eod.* II, 9.—*J. Claproth* theoret. pract. Rechtswiss. von freiwill. Gerichtshandl. ed. III. Gött. 1789. — (*C. A. v. Trützschler.*) Anweisung zur vorsicht. und förml.

rum [9]) solemnitatisque causa adhibendi sunt, quorum in numero esse mulieres prohibentur [10]), alii non nisi probationibus inserviunt, de quibus suo in loco plura dicentur (vide infra § 148. 1.). Scripturae usus itidem vel necessarius est ad negotium constituendum, vel futurae tantum probationis causa adsumitur [11]). Triplici autem potissimum ex causa ad superioris judicisve auctoritatem in negotiis ineundis confugimus: aut enim aliter, quae aguntur, rata non habentur [12]), aut majorem habet vim, quod ita perficitur [13]), aut hoc tantum propositum est agentibus, ut certum quandoque iis adsit, expeditumque rei gestae argumentum [14]). Jam vero quaecunque hujus rei causa sit, tamen hoc est perpetuum, ut inutilis sit confirmatio a judice facta, nisi ea quoque appareant, quibus omnino non debet vacare negotium [15]). Quodsi igitur aut a judicis magistratusve confirmatione vis omnis negotii pendet, (qua quidem in re nonnumquam et causae cognitio a judice competente facta desideratur) [16]), aut alia quaedam forma necessario adhibenda est, tum sive lege sit praescripta, sive sponte inter privatos de illa convenerit, ne ad id quidem, ut perficiatur solennitas, agi poterit [17]).

§ 104. III) *Negotiorum substantia, natura, accidentia et adminicula* (*).

Sunt tria haec, quibus, tamquam elementis, negotia continentur: substantia, natura, et accidentia, in quibus etiam negotiorum adminicula sunt [1]). Naturae autem appellatio generalis est, adeóque ad substantiam interdum referri solet [2]). Et proprie quidem *substantiam negotii* vocamus omne id, quo detracto, nec nomen nec notio superfutura sunt ejus quidem negotii, de quo quaeritur [3]); *naturam* vero, quod suâ vi inest negotiis [4]), adeoque in ambiguis semper praeva-

Abfassung rechtl. Aufsätze, insonderheit über Handl. der willkühr. Gerichtsbarkeit. ed. IV. 2 vol. Leipz. 1801.

9) Et in negotiis constituendis duos sufficere testes credendum est (propter L. 12. D. *de testib.* (XXII, 5.), nisi plures lex desiderat. De quo vid. *Westenbergii* princip. jur. Dig. § 21 — 25. — *Eund.* cf. ibid. § 20.

10) § 6. I. *de test. ord.* — L. 20 § 6. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — L. 11. C. qui pot. in pign. (VIII, 18.) — *Harmenopuli* πρόχειρον τῶν νόμων I, 6. § 52. — *Vinnius* ad § 6. I. cit.

11) L. 8. C. *qui test. fac. poss.* (VI, 22.)—L. 4. D. *de fide instrum.* (XXII, 4.) (§ 98. not. 2.).—L. 4. 5. C. *eod.* (IV, 21.) — Cf. *de Savigny* üb. den Literalcontract der Römer p. 1 — 3. (in den Abhandl. d. histor. philolog. Klasse d. Akad. d. Wiss. zu Berlin auf. d. J. 1816 — 1817. Berl. 1818.). — De instrumentorum autem, quae quidem super negotiis conficiuntur, formâ communi vid. *Pauli* sent. rec. Lib. V, Tit. 25. § 6.—L. 17. C. *de fide instrumentor.* (IV, 21.)—Nov. 44. Nov. 72. c. 1—4. Nov. 90. c. 2. — Cf. et *Savigny* Gesch. d. R. R. im Mittelalter T. II. p. 182 sqq.—De protocollo s. de charta publica signata vid. Nov. 44. c. 2. — Caeterum de formis nominibusque variis instrumentorum plura invenies in loco de probationum subsidiis, infra cap. IV, § 148. Nr. II.

12) v. c. L. 2. pr. D. *de adopt.* (I, 7.)—L. 32. C. *de episc. et cler.* (I, 3.) — L. 1. C. *de praed. et aliis reb. minor.* (V, 71.) — L. 27. C. *de donat.* (VIII, 54.)—L. ult. § 2. C. *de jure delib.* (VI, 30.)—Nov. 1. c. 2. § 1.

13) v. c. pignora publica, maxime ex jure patrio.—Cf. et L. 11. C. *qui pot. in pign.* (VIII, 18.)

14) v. c. L. 19. C. *de test.* (VI, 23.)

15) Judex enim non dat jura, sed ea, quae adsunt, confirmat. — Cf. c. 4. X. *de confirmatione utili vel inutili.* (II, 30.) — *Jo. Balth. Wernher* observ. for. T. I. P. V. obs. 234.—*Leyser* med. ad Pand. sp. 40. m. 7.— At « tanta est judicialis auctoritas, ut semper pro ipso praesumi debeat, donec contra ipsum aliquid legitime comprobetur. » c. 6. *de renuntiatione* (I, 9.)

16) L. 8. § 17. D. *de transact.* (II, 15.)—L. 11. D. *de reb. eor.* (*qui sub. tut.* (XXVII, 9.)—L. 12. C. *de praed. et al. reb min. non alienand.* (V, 71.)

17) L. 17. C. *de fide instrum.* (IV, 21.) — Cf. T. II. § 331. ad not. 4.

§ 104.

(*) *Jos. Averanii* interpret. jur. Lib. IV. c. 12.

1) L. 72. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)

2) Velut in L. 15. § 1. D. *de servit.* (VIII, 1.)

3) L. 1. D. *de jure codicillor.* (XXIX, 7.) —L. 1. § 2. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

4) L. 7. § 5. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 21. § 3. D. *de testib.* (XXII, 5.)

leat[5]), licet plerumque privatorum arbitrio immutari tollique possit[6]). Accidentia intelligimus ea, quibus aut detrahitur quid, aut adjicitur naturae negotii[7]). Atque in negotiorum accidentiis, quorum quidem generalior est quaedam vis, maxime habentur conditio, dies, (quibus quidem non adjectis, purum dicitur negotium ac praesens)[8]), modus, clausulae. De quibus jam singulatim videamus.

§ 105. 1). *Conditio* (*). *a*) *Notio.*

Conditiones, ut proprie dicuntur, adjectiones sunt negotiorum, quae jurium, vel constituendorum vel finiendorum, causas in eventum futurum eumque incertum differunt[1]). Non faciunt igitur conditionale negotium, nec eae conditiones, quae ad tempus praeteritum vel praesens referuntur[2]), nec necessariae, ut vocantur, i. e. quae aut omnino sunt exstiturae[3]), aut propter negotiorum naturam ipsis insunt, unde etiam cum *tacitarum* nomine veniunt[4]), tum *juris conditiones*, appellantur[5]). Quemadmodum autem et quae tacite insunt negotiis, quatenus quidem differunt jus[6]), in conventionibus[7]) instar habentur conditionum[8]): sic in nonnullis etiam expressâ earum adjectione fieri potest, ut omnino illis verarum tribuatur conditionum vis ac potestas[9]).

§ 106. b) *Conditionum genera.*

Summa autem conditionum divisio a causa est ac fine. Nam aut ita negotio adscribitur conditio, ut, donec impleatur, imperfectum sit negotium, quod quidem prae ceteris conditionale vocant juris nostri auctores; aut ita, ut purum ab initio sit negotium, at sub conditione resolvatur[1]). Recentiores illam dicunt suspensivam conditionem, hanc vero resolutivam[2]). Alia etiam conditionum genera

5) L. 3. D. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 11. § 1. D. *de a. e. r.* (XIX, 1.)—L. 15. § 4 D. *locati* (XIX, 2.) —L. 4. pr. D. *de usuris* (XXII, 1.)

6) L. 5. § 4. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.)—L. 10. pr. D. *de per. et comm. rei vend. et trad.* (XVIII, 6.)— Hoc tamen non est perpetuum. Vid. v. c. L. 2. 4. 6. 17. D. *de pactis dotalib.* (XXIII, 4.) — Cf. *Averanius* l. l. nr. 16 sqq.

7) L. 72. pr. *de contr. emt.*—L. 52. pr. *de V. O.* (XLV, 1.)

8) § 2. 3. I. *de verb. obl.*—L. 8. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.) — L. 45. pr. D. *ad Legem Falcid.* (XXXV, 2.)

§ 105.

(*) *Fr. Balduini* commentarius de conditionibus (in *Heineccii* Jurisprudentia Romana et Attica T. I. p. 323 sqq.). —*H. Donelli* commentarii jur. civil. Lib. VIII. c. 30 — 36.

1) § 4. I. *de verb. obl.* — L. 39. D. *de reb. cred.* (XII, 1.)

2) § 6. I. *de verb. obl.* — L. 37. D. *de reb. cred.* (XII, 1.)— L. 100. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—L. 16. D. *de injusto rupto, irrito facto test.* (XXVIII, 3.)— L. 10. § 1. D. *de condit. instit.* (XXVIII, 7.)

3) L. 18. D. *de cond. indebiti.* (XII, 6.)— L. 7. in f. D. *de V. O.* —L. 9. § 1. D. *de novat.* (XLVI, 2.)

4) L. 68. D. *de jure dotium* (XXIII, 3.)— L. 99. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1. — (« Conditiones extrinsecus [al. intrinsecus], non ex testamento venientes, i. e. quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia.») — Cf. L. 6. § 1. D. *de tutelis.* (XXVI, 1.) — L. 22. § 1. D. *quando dies leg. v. fideic. cedat.* (XXXVI, 2.) — *Balduinus* l. l. c. 4. — *H. Donelli* comment. jur. civ. VIII, 32. § 1 — 4. — *A. E. Endemann* de implendae conditionis tempore specim. (Marb. 1821. 8.) § 1.

5) L. 21. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.)

6) Nec enim, postquam exstiterunt, retrorsum ad praeteritum tempus referuntur, quemadmodum eae, quae proprie vocantur conditiones. Cf. infra § 108. not. 6.— L. 25 D. *de stipul. serv.* (XLV, 3.)

7) Nam vid. L. 99. D. *de cond. et demonstr.* (supra not. 4.) et cf. L. 5. et L. 21. § 1. D. *quando dies leg. cedat* (XXXVI, 2.) — *Endemann* l. l. § 10 — 12.

8) L. 21. D. *de jure dotium* (XXIII, 3.) — L. 73. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

9) L. 65. § 1. D. *de leg.* I. — L. 69. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 12. D. *de condit instit.* (XXVIII, 7.)

§ 106.

1) L. 2. D. *de in diem addict.* (XVIII, 2.)—L. 4. pr. *eod.*—L. 3. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)—L. 1. D. *de lege commissor.* (XVIII, 3.) — L. 2. § 4. D. *pro emtore.* (XLI, 4.)

2) *Thibaut* civilist. Abh. XVII. Nr. 1.

ab earum argumento petuntur, in quibus hae potissimum insunt disjunctiones: prima est affirmativarum et negativarum[3]), ut vocant. Altera est, qua hae inter se distinguuntur: et casuales, quarum quidem eventus aut ex sola fortuna, aut ab alieno arbitrio totus pendet, et potestativae, quae in ejus personae, ad quam pertinet jus conditionale, voluntate positae sunt[4]) et mixtae, in quibus utrumque, et casus et privatorum arbitrium concurrant necesse est [4 a]). Tertium est disjunctionis genus, in quo possibiles conditiones separantur ab impossibilibus[5]). Sunt autem impossibiles, ut proprie dicuntur, quae per rerum naturam fieri nequeunt [5a]), quibus quidem similes sunt et falsae conditiones[6]), et eae, quae jure prohibentur[7]), cujusmodi sunt, quae contra bonos mores[8]) contraque honestatis rationem fiunt[9]), tum, quae quasi ansas dant delictorum improbitatumque, velut conditio jurisjurandi[10]), denique eae, quae nimium, ac vel praeter recti conscientiam utilitatisque publicae rationem naturalem, hominum libertatem onerent atque impediant [11]).

§ 107. c) *Quomodo adjiciantur conditiones?*

Modus autem ratioque conditionum adjiciendarum iisdem fere regulis continetur, quibus et alia quaelibet voluntatis significandae ratio. Quemadmodum igitur libera animi intentione carere non debet conditionis adjectio, ita etiam seria mentis cogitatione concepta sit necesse est [1]), tum perspicue fiat omninoque ita, ut, quid sibi velit negotii auctor, non in obscuro sit [2]). Possunt autem

3) L. 7. et 67. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.)

4) [Vulgo casualis dicitur quae omnino de casu dependet, potestativa ea, quae ut existat, factum aliquid hominis intervenire necesse est: ita ut ea potestativa appellari possit, quae de voluntate tertii sola dependet. (v. g. in. L. 68. D. *de heredib. inst* XXVIII,5.). Sed haec definitio minime casibus, quos jurisconsulti explicant, adaequata est. Merito casualis vocatur omnis conditio quae non dependet de volontate ejus qui jus acquisiturus est. (Cf. ea quae supra §83. de casu diximus.) E. G.]

4a) L. un. § 7. C. *de caduc. toll.* (VI, 51.) — Potestativas esse rejiciendas putat *A. Fr. Schott* (observ. de conditionis potestativae figmento; in opusc. —Lips. 1770.—p. 272 sqq., maxime ob L. 11. § 1. D. *de cond. et demonstr.*—Sed vid. L. 8. § 7. D. *de cond. inst.* (XXVIII, 7.) (§ 109. nr. 2.) et L. 4. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.)—Cf. *Endemann* l. l. p. 54. in f. sq

5) [*W. Sell* die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. Giessae. 1834. (Et sub titulo: Versuche im Gebiete des Civilr. zweiter Theil.)E.G.]

5a) *Pauli* sent. rec. III. T. 4. B. §. I. — § 11. I. *de inutil. stipul.*—L. 6. D. *de condit instit.*(XXVIII, 7.) (vid. § 108. not. 1.).—L 2. § 6. D. *de eo, quod certo loco* (XIII, 4.)

6) L. 72. § 7. C. *de condit. et demonstr.*—Vid. *Averanii* interpr. jur. Lib. II. c. 24. nr. 14. sqq.

7) L. 137. § 6. D. *de V. O.*—L. 15. D. *de cond. instit.* (XXXVIII, 7.)

8) « Velut si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit. » L. 9. D. *de cond. instit.*—L. 27. pr. *eod.* — L. 61. L. 123 D. *de V. O.* — L. 5. C. *de instit. et substit. sub. condit. fact.* (VI, 25.)

9) L. 63. § 1. D. *de cond. et demonstr.*

10) L. 8. pr. D. *de cond. instit.* — *Sell* l. l. § 56. (Cf. infra. § 108. not. 16.).

11) Quo hae maxime referendae sunt conditiones: si quis a loco quodam non recesserit (L. 71. §. 2. D. *de cond. et demonstr.*), qua facultas testandi restringitur. (L. 61. D. *de V. O.* — *Sell* l. l. § 49.), si alieno arbitrio quis nupserit (L. 72. § 4. *eod.*). tum etiam, si omnino non nupserit (L. 22. L. 72. § 5. *eod.*—L. 100. D. *de V. O.*).—Admittitur vero conditio haec: si illi aut illi non nupserit, tum, si intra certum tempus, velut a liberis impuberibus, non nupserit. L. 62. § 2. L. 63. pr. L. 64. D. *de condit. et demonstr.*—Quid? quod viduitatis conditio conjugi ab altero conjuge vel etiam ab extraneo omnino potest imponi. L. 2. C. *de indicta viduitate et lege Julia miscella tollenda.* (VI, 40.) —Nov. 22. c. 43. 44. — *Jo. Sal. Brunquell* D. de conditione: si non nupserit, ultimis voluntatibus adjecta (opusc. Nr. V.). — *J. G. Heineccius* ad L. Jul. et P. P. Lib. II. c. 10. —De conditione religionis non mutandae vid. *T. J. Reinharth* sel. observat. ad *P. Christinaei* decisiones (Erf. 1743. fol.) Vol. IV. obs. 24 et *Weber* ad *Hoepfnerum* § 491. not. 2. nr. 3.

§ 107.

1) L. 4. § 1. D *de statu liberis.* (XL, 7.) — *Averanii* interpr. l. c. 24. nr. 13. 14. Quem locum quidem plerique alio modo interpretantur. — Cf. *C. O. de Madai* die Statuliberi des R. R. (Halle 1834.) p. 146 sqq. — Vid. et L. 2. § 6. D. *de eo, quod certo loco.* (XIII, 4.) — L. 31. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)

2) Ut si ita scripserit testator: « Si Titius heres erit, Sejus heres esto, si Sejus heres erit, Titius heres esto. » — Vocantur *perplexae* hujusmodi conditiones. L. 16. D. *de cond. inst.* (XXVIII, 7.

eae quoque conditiones, quae proprie ita dicuntur, tacite inesse negotiis [3]), ut adeo nonnumquam expressae noceant, non expressae non noceant [4]); contra vero fieri potest, ut, quae tacite negotiis, propter eorum naturam, insunt, etiam veris conditionibus adnumerentur, propterea, quod aperta sanctione negotiis adscriptae sint [5]).

§ 108. d) *Quaenam sit conditionum negotiis adjectarum vis?*

De conditionum negotiis adjectarum vi haec generatim esse praecipienda videntur: 1) Impossibiles conditiones, tum etiam, quae jure prohibentur eaeque affirmative conceptae, pro varia negotiorum indole, nunc pro non scriptis habentur, nunc ipsum vitiant negotium [1]), negative conceptae, impossibiles quidem, quae proprie ita dicuntur, utique pro non adjectis habendae sunt [2]), verumtamen ita adscripta conditione, ut non fiat, quod jure prohibitum est, alias servanda erit conditio, alias nullum fict negotium, cui adjecta est [3]). 2) Dum pendet conditio, et is impeditur, cujus interest, non impleri conditionem, ne quid faciat omittatve, quo vanum reddatur jus alterius, irritumve [4]), et judicis arbitrio cautiones interponendae sunt, scilicet eveniente quandoque conditione impletum iri jus, quod ex illa pendeat [5]). 3) Existente conditione, ita plerumque evenit id, quod in conditione positum est, quasi jam ab initio pure constitisset [6]); ea vero deficiente, pro nihilo habetur negotium conditionale [7]).

§ 109. e) *Conditionis implendae ratio.*

In implendis conditionibus primum omnium voluntas erit statuentium servan-

3) [Velut L. 6. pr. D. *quando dies legator.* (XXXVI, 2.) — L. 11. § 6. D. *de legat.* III. — L. 122. § 4. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. et L. 19. pr. D. *de const. pec.* (XIII, 5.) — Vid. *Balduinus* l. l. c. 5. — Sed huc non referendae sunt L. 6. D. *de leg.* I. et L. 85. *de leg.* III, quia testatore mortuo, dubium esse non potuit, quid legatori deberetur; quamobrem recte Labeo dispositionem istam nihil nisi demonstrationem esse dicit, dissentientibus Juliano et Pomponio. — Cf. *Donellus* comment. VIII, 31. § 11. — E. G.]

4) L. 195. *de reg. jur.* — L. 77. in f. *eod.* — L. 68. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 138. § 1. D. *de V. O.* — Cf. *Jac. Gothofredi* comment. in tit. de reg. jur. ad L. 195. (oposc. min. ed. *Trotz* p. 1207.)

5) L. 65. § 1. *de leg.* I. — L. 69. D. *de cond. et demonstr.* — Vid. *Averanii* interpr. Lib. IV, cap. 5. nr. 8 sqq.

§ 108.

1) [In testamentis quidem pro non scriptis habentur; contractus vitiant. E. G.] a) L. 7. D. *de V. O.* — § 10. I. *de hered. inst.* — L. 3. D. *de cond. et demonstr.* — b) L. 35. § 1. D. *de V. O.* — L. 14. D. *de cond. inst.* (XXVIII, 7.) — [Non omnes tamen conditiones quae in testamentis prohibitae sunt, contractus vitiant. (v. c. condit. jurisjur. vid. *Sell.* l. l. § 56. p. 215., qui errat, dicens Auctorem in opinione contraria fuisse.) — Vid. *Weber* ad *Hoepfnerum* § 491. not. 3. nr. 1. — E. G.] — Cf. *J. G. Bruckmann* (resp. *Wille*) D. de impossibili canonico-juridico, sive de eo, quod circa conditiones impossibiles actibus humanis appositas justum est. Erf. 1751. 4: — An etiam difficiles (sic vocant, maxime ob L. 6. D. *de condit. instit.* et L. 63. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) pro non scriptis habendae sint, acriter inter doctos disputatur. Vid. *C. G. Hubner* Pr. de conditione difficili, ultimis voluntatibus adscripta. Lips. 1798. 4. et *Weber* ad *Hoepfner.* § 491. not. 3. nr. 2. — Cf. § 107. not. 1. et *Sell* l. l. § 11. et § 52 sqq.

2) L. 7. in f. D. *de V. O.* — § 11. I. *de inutil. stipul.* — [At hic de conditionibus suspensivis solis loquimur. Quodsi resolutiva est conditio impossibilis, contrarium est. — Vid. *Sell* l. l. § 17. E. G.]

3) L. 121. § 1. *de V. O.* — L. 7. § 3. D. *de pact.* (II, 14.) — Cf. *Thibaut* I. l. p. 362. nr. 1. [Caeterum haec dispositio ad contractus solos referenda. Contra bonos mores enim est remunerari eum qui fecerit, quod facere debuit. — E. G.]

4) L. 161. D. *de reg. jur.* — L. 50. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 3. § 3. C. *comm. de leg.* (VI, 43.)

5) L. 13. § 5. D. *de pign. et hyp.* (XX, 1.) — Tit. Dig. *ut legatorum seu fideicommissor. servandor. causa caveantur.* (XXXVI, 3.)

6) L. 59. § 4. D. *de her. instit.* (XXVIII, 5.) — L. 105. D. *de cond. et dem.* — L. 138. pr. D. *de reg. jur.* — L. 16. D. *de in diem add.* (XVIII, 2.) — L. 8. pr. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) — L. 11. § 1. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) — L. 16. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — Cf. L. 3. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* (XX, 6.) — *Thibaut* l. l. p. 365—367.

7) § 2. I. *quib. mod. test. infirm.* — L. 37. in f. D. *de contr. emt.* — L. 8. pr. D. *de per. et comm. rei vend.* — L. 21. in f. D. *de solut.*

da [1]), ita, ut nec valeat, si quis, verba amplectendo, conditionis adscriptae sententiam circumveniat [2]), nec vero improbandum sit, quod ex statuentium mente ac consilio eveniat, licet id non ex praescripto, ut quidem verba sonant, fiat [3]). At « disjunctivo modo conditionibus adscriptis, alteram defecisse non oberit, altera vel postea impleta » [4]). Caeterum non modo, cum in ambiguo res sit, conditionem esse impletam existimatur [5]), verum etiam nonnumquam pro impleta habetur conditio, quam non evenisse certo constat, velut in his: 1) quoties per eum, cujus interest, non impleri conditionem, fit, quo minus impleatur [6]), aut 2) potestativae conditionis eventus casu impeditur [7]), si quidem per ipsum non stetit, quo minus antea impleretur conditio [8]). Idemque 3) obtinet in mixtis conditionibus, nisi forte implendi voluntatem et potestatem praecesserit casus [9]). Denique 4) in favorem et libertatis et alimentorum constitutum est, ut, etiamsi casu impediatur conditionis eventus, nihilo tamen minus ita res procedat, quasi sit impleta conditio [10]). Caeteroquin in iis conditionibus, ubi solum eventum spectavit statuentium voluntas, facile intelligitur, pro impleta haberi non posse conditionem, nisi ipse exstiterit eventus [11]).

§ 110. 2) *Dies.*

Dies quoque recte adjicitur negotiis, hoc modo, ut vel ipsius negotii vis, vel petendi tantummodo tempus ex diei adjectione pendeat [1]). Quodsi illud est, tum vel incipit ex die negotium, vel ad diem constituitur, i. e. die existente finitur jus tali adjectione constitutum [1a]). In utroque autem genere multum interest, dicsne sit certus, an incertus [2]). Dies enim, de quo, an omnino futurus sit, nondum constat, instar est conditionis, tam in conventionibus, quam in ultimis voluntatibus [3]). Quodsi id solummodo, quando sit exstiturus, in incerto sit, ultimae quidem voluntates itidem plerumque dici adjectione fient conditionales [4]); id quod longe secus est in conventionibus [5]).

§ 109.

1) De tempore conditioni apposito vid. L. 41. § 12. D. *de fideic. libertat.* (XL, 5.) — L. 23. pr. D. *de statu liber.* (XL, 7.) — L. 40. pr. D. *de cond. et dem.* — *Endemann* comment. cit. et inprimis § 15—17. — Vid. et *Glück* Pand. IV. § 337*d.* p. 500 sq.

2) L. 51. § 1. D. *de leg.* 2. — L. 76. D. *de cond. et demonstr.*

3) L. 11. § 11. D. *de leg.* 3. — L. 15. D. *quando dies leg. cedat.* (XXXVI, 2.) — L. 28. pr. D. *de cond. et demonstr.*

4) L. 78. § 1. D. *de cond. et demonstr.*

5) Id enim colligunt ex L. 10. § 1. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.), quam quidem, quoniam, quae facti sunt, non fere praesumuntur (§ 83.), ad favorem libertatis referri magis conveniat.

6) L. 39. et L. 161. D. *de reg. jur.* — L. 81. § 1. D. *de cond. et demonstr.*

7) L. 8. § 7. D. *de cond. instit.* — L. 54. § 2. *de leg.* 1.

8) L. 29. D. *de cond. et dem.* — L. 8. § 7. D. *de cond. inst.* (XXVIII, 7.) — L. 54. § 2. *de leg.* 1. — Cf. *H. Donelli* commentar. jur. civil. Lib. VIII, c. 34. § 2 sqq. et *Endemann* l. l. p. 47.

9) L. 31. L. 101. pr. D. *de cond. et demonstr.* — L. 94. pr. *eod.* (verb. « Diversa causa est legatarii » *rel.*). — L. 5. § 5. D. *quando dies leg. ced.* (XXXVI, 2.) — Nec contraria est L. 54. § 1. *de leg.* I. Vid. enim *Endemann* l. l. p. 69. not. 1. — At aliter plerique interpretum hanc rem explicare solent. Cf. *Sell* § 40. 41. 55.

10) L. 1. C. *de legat.* (VI, 37.) — L. 7. C. *de cond. insert.* (VI, 46.) — L. ult. C. *de necess. serv. hered. inst.* (VI, 27.)

11) L. ult C. *de necess. serv. her. inst.* — *Endemann* l. l. p. 64.

§ 110.

1) [L. 21. pr. L. 22. pr. D. *quando dies legator* (XXXVI, 2.) — L. 43. § 2. *de leg.* II. — L. 41. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — E. G.]

1a) L. 34. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.) — L. 44. § 1. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — *In diem* de utroque usurpatum fuisse videtur, cum de termino a quo, ut vocant, tum de termino ad quem. L. 44. pr. cit. — § 2. l. *de V. O.* — Cf. *Brisson.* voce *in* § 1. 2.

2) Vid. *Averanii* interpret. jur. Lib. II. c. 16.

3) L. 75. D. *de cond. et demonstr.* — L. 16. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — (Cf. *Cujacii* obs. XIII, obs. 20.).

4) L. 79. § 1. D. *de cond. et demonstr.* — Except. est L. 79. pr. *eod.*

5) L. 17. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)

§ 111. 3) *Modus.*

In modo negotiis adjecto nihil quidquam est proprii aut insoliti, nisi vel ultimis voluntatibus, vel donationibus adjicitur modus [1]). Potest autem triplex potissimum esse modus, de quo quidem hic quaeritur [2]). Aut enim id ei imponitur, in quem quaedam liberalitas confertur, ut, quod accepit in certum adhibeat usum, aut post aliquod tempus restituat, aut aliud quid, velut remunerationis loco, praestet, dummodo, quod vicissim praestetur, non tanti sit, ut in onerosum negotium transformetur id, quod agitur [3]). Licet autem aliqua ex parte sibi similes sint modus et conditio [4]), adeoque interdum conditionis nomine veniat modus [5]), tum vero ex statuentium voluntate fieri potest, ut modus adjectus vim habeat conditionis [6]) : tamen, quantopere inter se differant, haud difficile est intellectu. Etenim 1) negotium, cui modus adjectus est, tamquam purum impleri debet [7]), agi tamen potest, ut vel impleatur modus, vel restituatur, quod datum sit [8]). 2) Quoties per eum, in quem collata est liberalitas, non stat, quo minus impleatur modus, utique pro eo est, quasi sit impletus [9]). 3) Quodsi, modum vel impleri vel non impleri, nullius interest, nisi hujus ipsius, cui dicta est lex, tum is, licet causa non secuta sit, nihilo tamen minus, quod datum relictumve sub modo est, obtinet [10]).—Caeterum cum in ambiguo est, utrum modus sit adjectus, an conditio, modum esse potius credere oportet [11]).

§ 112. 4) *Clausulae.*

Clausulas eas voco verborum formulas, quae negotiis vel confirmandis, vel adjuvandis, vel determinandis inserviant. Atque ex ingenti clausularum copia haec inprimis sunt genera notanda : Primum est earum, quibus prospicitur negotiis, tum omnino ut valeant, tum in perpetuum valitura sint ; quo in genere sunt hae :

§ 111.

1) *C. G. Waechter* doctrina de coodict. c. d. c. n. s. (Tubing. 1822.) p. 90 — 98. — *Pfeiffer* pract. Ausführ. aus alleo Theileo der R. W. I. p. 24 sqq. Nr. IV. — Cf. *Braun* Erört zu. Thib. p. 154 sq.

2) Generalior enim hujus vocabuli sigoificatio io his locis subest : L. 92. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.) — L. 44. § 3. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 6. D. *praescr. verb.* (XIX, 5.)—L. 72. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.)—Cf. *Waechter* l. l.

3) L. 17. § 4. D. *de cond. et dem.* — L. 71. pr. *eod.*—L. 3. C. *de contr. emt.* (IV, 38.)—L. 1. 2. 3. C. *de donat., quae sub modo conficiuntur.* (VIII, 55.)

4) L. 4. C. *de donat., quae sub modo.*—L. 8. C. *de cond. ob. caus. dator.* (IV, 6.)—L. 19. D. *de leg. 3.* — L. 17. D. *de usu et usufr. per legat. vel. fidcie. dat.* (XXXIII, 2.) — Cf. L. 16. *eod.*

5) v. c. L. 4. C. *de donat., quae sub modo.*

6) Vocaot *mixtum modum*, cootrario *puri* nomioe opposito.—Vid. *Gluck* Pand. IV. p. 461—465.

7) L. 80. D. *de cond. et dem.* — L. 17. § 2. D. *de manumiss. test.* (XL, 4.) — L. 44. *eod.* — *Leyser* med. ad Paod. sp. 399. m. 1.

8) L. 1. 3. C. *de donat. quae sub modo.* — L. 9. 22. C. *de donat.* (VIII, 54.) — L. 2. C. *de his. quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur* (VI. 45.) — *E. C. Westphal* voo Vermächto. I. p. 464. — L. 41. pr. in f. D. *de contrah. emt.* : « *Si sub conditione facta emtio est. non poterit agi, ut conditio impleatur.* » — Vid. *C. F. G. Meister* D. de eo, quod inter conditiooem resolutivam et modum ioterest (in opusc. Syll. alt. Goett. 1775. 8. Nr. III.). — Nec utique cautionis de adimplendo modo necessitas imponitur ei, ad quem jus spectat.— *Meister* l. l. § 18.—Dissent. *Gluck* l. l. p. 467 sq. —*Bucher* das Recht der Forderuugen (ed. 2.) p. 142 sq.

9) L. 1. C. *de his, quae sub modo leg. v. fideic. rel.*

10) L. 13. § 2. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.) («Cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id noo potest.»)—Cf. L. 71. pr. D. *de cond. et dem.* (not. 2.).— Vocant *simplicem* modum. *Gluck* l. l. p. 464 sq.

11) L. 17. § 2. L. 44. D. *de manumiss. test.* (oot. 7.), et arg. L. 9. D. *de reg. jur.*

et confirmatoria[1]), et reservatoria[2]), et rati[3]), et salutaris[4]), et derogatoria[5]), quas vocant. Alterum est, quo continentur clausulae, quas quidem cautionales liceat appellare, propterea quod cum in finem adjici solent, ut adsit quandoque certum aliquod expeditumque auxilium ei, ad quem jus ex ea re pertinet, velut doli clausula[6]), constituti possessorii[7]), et quae ex eo genere sunt similes[8]). Tertium est earum, quibus renunciatur juribus, quae alioquin sua sponte ex eo negotio proficiscuntur[9]). Ad quartum clausularum genus sunt eae referendae, quae, modis certis terminisque circumdant negotium, quarum in numero etiam illa est, quam clausulam rebus sic stantibus appellant, de qua quidem, an per se atque sua natura insit negotiis? etiamnum inter JCtos disputatur[10]). Denique non praetermittendae sunt clausulae, quae solemnitatis observandae causa adjici negotiis solent[11]). Est praeterea generalior etiam clausularum divisio notanda, ea scilicet, qua necessariae clausulae distinguuntur ab utilibus; quid? quod et supervacuae, ineptae, tales etiam, quae forte nociturae sint, in pragmaticorum instrumentis nonnumquam deprehenduntur[12]).

§ 113. *Negotia nulla, rescissa.*

Nulla negotia proprie dicuntur, quae jam ab initio nullius momenti sunt, rescissa vero, quae, cum per se quidem valeant, ex causa tamen infirmantur [1]). At nullius momenti non solum ob substantialium defectum habentur negotia, verum etiam ea concidunt plerumque, quae forte aguntur, non observata forma, quam leges praescripserint negotiis[2]). Infirmantur negotia, aut ob aequi rationem, cum summo jure rata sint [3]), aut ex causa superveniente, eaque vel voluntaria [4]),

§ 112.

1) E. G. Clausu. Velut: «hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit.» L. 29. § 1. D. *quil est.* codicillaris *fac. poss.* (XXVIII, 1.)

2) v. c. «si quid tabulis, aliove quo genere ad hoc testamentum pertinens, reliquero, ita valere volo.» L. 18. D. *de jure cod.* (XXIX, 7.) — *C. v. Bynkershoek* de clausula, quam reservatoriam vocant (quaestion. jur. privati Lib. III. c. 4. 5. opp. T. II. p. 351 sqq.).

3) L. 65. D. *de proc.* (III, 3.)— *Leyser* med. ad Pand. spec. 178. cor. 1.

4) *J. S. Stryk* D. de clausula salutari libellor. Hal. 1738. 4. — *Leyser* sp. 36. m. 3.

5) Nonnunquam «derogatoria» vel «cassatoria» illa vocatur clausula, qua anterior dispositio tollitur. — Cf. *Cujacii* observ. (XIV, 7.) — *C. v. Bynkershoek* de clausula, quam derogatoriam vocant (quaest. jur. priv. III. c. 6. opp. T. II. p. 355 sqq.).

6) L. 4. § 16. D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV, 4.)

7) Vid. (*v. Trützschler*) Anweis. z. vorsicht. Abfass. rechtl. Aufsätze Hauptabth. I. Hauptst. III. § 51.

8) v. c. L. 6. 13. 21. D. *jud. solvi.* (XLVI, 7.)— *Jo. Gottfr. Genz* D. de vi et effic. clausulae mit oder ohne Recht. Arg. 1669. 4.

9) *v. Trutzschler* l. c. Hauptabth. I. Hauptst. III. § 34 sqq. — Vid. infra § 119.

10) Vid. *Weber* von der nat. Verbindl. § 90. Nr. III. — Cf. L. 38. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — c. 25. *de jurejur.* II, 24.

11) Velut, clausula *von Rechts wegen*, judicum sententiis adjici solita.

12) *Sam. Stryk* D. de jure superflui et cautela abundanti. Frcf. 1690. 4. — *Id.* de cautela abundanti in contractibus. Frcf. 1690. 4. — *Id.* de clausula abundanti in proc. Frcf. 1690. 4. — *C. a. Rheden* D. de superfluis, ineptis et inutilib. libellor. clausulis. Brem. 1717. 4.

§ 113.

1) Jure Romano quidem «negotium nullum s. nullius momenti» differt a negotio rupto, irrito facto, infirmato, rescisso. Quemadmodum autem «verbum rescindere aliquando generalius usurpatur, etiam de iis actibus, qui ipso jure nulli sunt,» (vid. *Brisson.* de V. S. voce *rescendere* § 2.), sic contra fit, ut nullius esse momenti dicantur, quae per Praetorem rescindi solent; v. c. L. 22. D. *quae in fraud. cred.* (XLII, 8.)—[Nonnunquam accidit, ut non plane nulla sint negotia, vel parte subsistente (vid not. 12.), vel eo, quod nulla fiunt post certum tempus tantum (vid. *Auctoris* Cont. comm. *Gluckii* T. XXXVII. p. 257 sqq. Nr. 1.) vel impedimento consensu posteriore sublato. (vid. § 114. not. 3. et Cf. *Dabelow* Handb. des Pand. Rechts. T. II. p. 20 sq.)—E. G.]

2) Vid. supra § 46. et Cf. *C. L. Crell* observationes de fructu et effectu negotii inutilis, nullius et imperfecti. Vitemb. 1750. 4. — *J. C. Putter* Pr. de nullitate. Goett. 1758. 4.

3) Exempla vid. ap. *Brisson.* voce *rescindere* § 1.

4) Sic «posteriore testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur.» § 2. I. *quib. mod. test. infirm.*

vel necessaria. Causa infirmationis necessaria haec fere solet esse, quae si tempore initi negotii adfuisset, stare negotium haud pateretur [5]; quod tamen non est perpetuum [6], nec omnino pertinet ad ea negotia, quae aut transacta jamjam sunt ac finita [7], aut juris fictione ita adjuvantur, ut ante mutatam vel personarum vel rerum conditionem exitum jam habuisse videantur [8]. In utrumque autem negotiorum istoc genus vitiosum hae fere convenient regulae: 1) Cum ejus, quod est caput rei, de qua agitur, omnino nulla vis esse potest, plerumque in totum vitiatur, quod actum est [9], nisi aut ad certas tantum personas pertineat vitium [10], aut in sola quantitate adsit [11], aut ex speciali legum decreto, licet principale negotium corruat, tamen, quae adjuncta sunt, salva sint atque rata [12]. Quodsi vero 2) non nisi in partibus, vel adjunctis vitium aliquod adpareat, tum non vitiatur utile per inutile, sed detracto eo, quod valere non potest, reliqua in suo statu permanebunt [13]. Neque tamen 3) sublato impedimento, quo factum est, ut aut nullius momenti esset negotium, aut postea infirmaretur, vitium quoque tollitur negotio inhaerescens, scilicet ut jam valeat negotium [14]; de cujus quidem regulae exceptionibus, quas habet multas, seorsim nunc videbimus.

§ 114. *Negotiorum et convalescentia et conversio.*

Convalescunt negotia, 1) quae sub conditione inita sunt, scilicet vitio sublato, existentis conditionis tempore [1], nisi ea sit negotii natura, ut jam in ipso ineundo omnia appareant utique necesse sit, e quibus vis ipsius quandoque pendeat [2], 2) Quodsi non nisi ob deficientem, vel alicujus personae consensum [3], vel de re aliqua statuendi facultatem, inutile sit negotium, tum, vitiis illis e medio sublatis, plerumque convalescet, quod inutiliter actum fuit [4]. Denique [3]) nonnumquam

5) § 2. I. *de inutil. stipul.* — L. 3. D. in f. *de his, quae pro non scr. hab.* (XXXIV, 8.)—L. 98. pr. D. *de V. O.*—Vid. *Averanii* interpr. jur. Lib. IV. c. 24. — Cf. nota seq. Caeterum non in solis juris negotiis hujus regulae usus continetur, sed ad alias quoque jurium causas pertinet. Vid. § 5. I. *de noxal. act.* — L. 15. in f. L. 16. D. *ad Leg. Aquil.* (IX, 2.)

6) L. 85. D. *de reg. jur.*—L. 140. § 2. D. *de V. O.* (XLV. 1.) — L. 6. § 1. L. 18. pr. L. 20. § 4. D. *qui testam. fac poss.* (XXVIII, 1.)—Cf. *Averanii* interpret. IV. c. 25. 26.

7) L. 5. pr. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — L. 31. pr. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)

8) Vid. v. c. L. 6. § 12. D. *de inj. rupto, irr. test.* (XXVIII, 3.)

9) L. 178. D. *de reg. jur.* — L. 27. in f. D. *fam. ercisc.* (X, 2.)—L. 17. D. *de injusto, rupto. irr. test.* — L. 1. in f. C. *de posth. hered. instit.* (VI, 29.)

10) L. 5. § 2. D. *de donat. int. V. et U.*—L. 13. § 29. D. *de act. emti vend.* (XIX, 1.)

11) L. 29. D. *de usur.* (XXII, 1.)—L. 34. C. *de donat.* (VIII, 54.)

12) v. e. L. 15. in. f. D. *de inoff. test.* (V, 2.)—Nov. 115. c. 3. 4. (vid *Auctoris* Cont. comm. *Glückii*. Tom. XXXVII. p. 255. sqq.)

13) L. 20. D. *de usur.* (XXII, 1.)—L. 31. § 4. D. *de don. int V. et U.*—L. 1. § 5. D. *de V. O.*—L. 12. pr. D. *de precario* (XLIII, 26.)—*Averanii* interpret. IV. c. 12. nr. 8—11.

14) L. 29. D. *de reg. jur.* («Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.») —L. 201. *eod.*—L. 1. pr. D. *de regula Catoniana.* (XXXIV, 7.)—L. 41. § 1. 2. D. *de leg. I.*—§ 2. I. *de inutil. stipul.* (vid. not. 5.).—L. 83. § 5. D. *de V. O.*—L. 137. § 6. in f. *eod.*—Vid. *Averanii* interpr. IV. c. 21. 22.—Cf. et *Al. ab. Alexandro* dier. genial. III, 1.

§ 114.

1) L. 41. § 2. D. *de leg.* I. — L. 1. § 2. L. 4. D. *de reg. Catoniana* (XXXIV, 7.)—L. 31. L. 98. pr. D. *de V. O.*

2) § 1. I. *quib. non permitt. fac. test.*—L. 49. § 1 (L. 59. § 4. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.).—(Cf. L. 62. *eod.*)

3) Quo inprimis referri solet nullitatis *absolutae* et *respectivae*, ut vocant, discrimen.—Vid. *Dabelow* Handb. des Pand. R. T. II. (Halle 1817.) p. 20 sq. [Quo vocabulo minus apte utuntur in negotiis, quae rescinduntur in integrum restitutionis causa (§ 163. not. 3. et § 164. not. 3.)—Caet. cf. *Brandis* über absolute und relative Nichtigkeit in Zeitschr. für. geschichtl. R.W. T. VII. Nr. IV et V.—E.G.]

4) a) Vid. supra. § 100. not. 3. et cf. ibid. not. 4. et 7. *Dabelow* l. l. — b) L. 4. § 6. D. *de off. proc.* (I, 16.)—L. 20. L. 41. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) —L. 42. D. *de usurp.* (XLI, 3.)—L. 5. C. *si aliena res pign. data sit* (VIII, 16.)—Cf. L. 2 § 2. D. *quod jussu.* (XV, 4.)—L. 20. D. *qui et a quib. manumissi.* (XL, 9.)

ex aequitate fit, tum ob singularem nonnullarum causarum favorem, ut convalescant, simul ut in eum statum aut inciderint, aut reciderint, ut valere possint [5]. Caeterum negotia transformantur interdum in alia; quod ut fiat, haec in unum concurrant necesse est: Primum, ut negotio, quod convertatur, omnino omnia insint, quae efficiant, ut tamquam aliud valere possit [6]. Deinde, ut certo constet. voluisse auctores negotii, ut hoc ipsum valeat, quomodocunque possit [7]; quem in finem clausulae confirmatoriae usus nonnumquam erit necessarius [8].

§ 115. *De negotiorum interpretandorum ratione* (*).

Negotiorum interpretatio, item ut legum, vel authentica est [1], vel doctrinalis, eaque vel grammatica, vel logica. Sed etiam alia pleraque inter negotiorum et legum interpretationem communia sunt [2]; plurima etenim, quae juris nostri auctores de negotiis interpretandis praeceperunt, jam ad legalem interpretandi rationem referri consuerunt. In utramque igitur conveniunt, cum ea, quae de ratione, inter grammaticam ac logicam interpretationem intercedente, supra disputata sunt, tum vero ipsa interpretandi praecepta, tantum non omnia. Enimvero haec sunt negotiorum interpretandorum generi fere propria: I) Authenticam interpretationem in negotiis non simpliciter esse admittendam [3], nec omnino, nisi aut in testamentis [4], aut in judiciis [5], ita fieri posse ab eo, qui verbis voluntatem suam significavit, ut nemo alius in ea re concurrat [6]. II) In negotiorum ambiguitatibus interpretandis maxime cujusque negotii naturam esse spectandam (§ 104. not. 5.), tum ea non negligenda, quae a legibus hanc in rem peculiariter statuta sint, qualia sunt haec: 1) cum quis in actionibus intentione vel oratione ambigua utitur, id, quod ei utilius est, accipi debet [7]. Idque multo etiam magis 2) de iis causis dicendum est, quarum singularis est in jure favor, ut libertatis, matrimonii, dotis, alimentorum, testamentorum. seilicet ut in ambiguis pro eis respondendum sit, tum vero plenius accipiantur statuentium voluntates [8]), nisi quatenus alia juris interpretandique praecepta contraria sunt,

5) L. 4. L. 27.— L. 65. § 1. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.) — L. 1. § 1. et 5. D. *de leg.* 3.

6) L. 5. pr. D. *de resc. vend.* (XVIII, 5.)—L. 19. pr. D. *de acceptilatione.* (XLVI, 4.)

7) L. 8. pr. D. *de acceptil.* — L. 1. § 4. D. *de constituta pecunia.* (XIII, 5.)— L. 1. § 2. in f. *de V. O.* — L. 9. D. *de sponsalib.* (XXIII, 1.)— L. 1. D. *de jure codicillor.* (XXIX, 7.)

8) L. 41. § 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII, 6.) — L. 8. pr. C. *de codicill.* (VI, 36.) — Cf. *Weber* ad *Hoepfnerum* § 628. not.*.

§ 115.

(*) *Averanii* interpr. jur. Lib. II. c. 30. III. c. 17 — 25. IV. c. 1 — 3. 9 — 11. 13. 14. 17. V. c. 1 — 11.—*G. C. Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. T. I. § 223 — 230. — *C. Sal. Zachariae* liber quaestion. I. 5.

1) L. 96. D. *de reg. jur.* — L. 21. § 1. D. *qui testam. fac. possunt.* (XXVIII, 1.)

2) Vid. supr. § 58. — Cf. *Averanius* l. l. III. c. 19. nr. 5 sqq. IV. c. 11.

3) Nam et judices, et privati homines, sententias negotiaque ab ipsis profecta interpretaturi, ultra quam veritas reique natura patitur, progredi non debent (vid. *Danz* ordentl. Prozefs § 451. et Arg. L. 7. § 2. D. *de supell. leg.* — supr. § 60. not. 6.); quibus quidem legibus minime adstricta est legumlatorum interpretatio authentica (vid. scriptt. § 51. not. 2. et § 54. not. 2. in fin. citt.)

4) L. 21. § 1. D. *qui test. fac. poss.*

5) L. 83. § 1. D. *de V. O.* — Vid. *Averanius* l. l. II. 30. nr. 4 sqq.

6) L. 12. D. *de transact.* (II, 15.) — L. 83. § 1. L. 99. pr. in f. D. *de V. O.* — Cf. L. 52. pr. *eod.* et L. 9. D. *de stipul. praetor.* (XLVI, 5.)

7) L. 66. D. *de jud.* (V. 1.)

8) L. 24. D. *de manumiss.* (XL. 1.) — L. 18. D. *de manumiss. test.* (XL, 4.) — L. 38. pr. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 20. et 179. D. *de reg. jur.* — L. 70. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — L. 85. pr. D. *de reg. jur.* — L. 5. D. *test. quemadm. aperiantur* (XXIX, 3.) — L. 25. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) — L. 12. D. *de reg. jur.* — c. 26. *de sent. et re jud.* (II, 27.) (« Duobus judicibus diversas sententias proferentibus, tenet pro reo, non pro actore sententia: *nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote, seu testamento pro ipso fuerit promulgata.*») — (Quae legimur L. 17. § 1. *de leg.* I. et L. 13 (14) pr. D. *de reb. dub.* aperte ex « favore causae » interpretanda et tamquam jura singularia habenda sunt. — E. G.)

eaque talia, quae omnino praevalent [9]). 3) Conventiones ita plerumque interpretandae sunt, ut quam minima sit promissoris obligatio; nam « quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi verbis exprimatur, omissum intelligendum est » [10]). Quodsi vicissim sunt obligatoriae conventiones, tum contra eum facienda est interpretatio, cujus erat legem contractus dicere, quippe qui clarius loqui debuisset [11]). Ex communibus vero interpretandi praeceptis horum vel maxime est in negotiorum interpretatione usus: 1) ut prorsus nulla sit eorum interpretatio, quae ita scripta sunt, ut intelligi plane nequeant [12]); 2) ut a proprio ac recepto verborum sensu non facile recedendum sit [13]); 3) ut voluntatis conjecturae capiantur et a persona, et a loco, et a temporibus, et ab eo, quod plerumque fieri solet, et ab antecedentibus atque consequentibus, et a similibus, et ab ipsa causa, de qua quaeritur [14]); 4) ut accommodate ad juris scripti rationem fiat interpretatio [15]); 5) ut, licet generalia verba generaliter intelligenda sint [16]), tamen semper species deroget generi [17]); 6) ut ea accipiatur sententia, qua res, de qua agitur, valeat magis, quam pereat [18]); denique 7) ut in dubiis benigniora praeferamus [19]), tum etiam, quod minimum est, sequamur [20]). Quae quidem posteriores regulae, quatenus negotiis interpretandis aut immutatae, aut propius definitae sunt, cum ex iis intelligi poterit, quae modo a nobis in medium prolata sunt II, 1—3), tum vero maxime ex iis fiet perspicuum, quae, et de testamentorum et de conventionum interpretatione infra copiosius edisserentur [21]).

CAPUT III.

DE ACQUIRENDIS, AMITTENDIS, CONSERVANDIS JURIBUS, EORUMQUE USU.

§ 116. I.) *De acquirendis juribus. Adquisitionum genera summa.*

Jura aut innata sunt hominibus, aut adquiruntur, idque vel actu quodam, eo animo, ut jura constituantur, suscepto, vel alio modo, velut alterius facto illicito, aut lege. Actu, vel nostro, vel alieno, aut simpliciter adquirimus, velut occupando res, quae sunt nullius, aut juris ab altero ad nos translatione facta; quamobrem adquisitiones originarias a derivativis, ut vocant, discernere solent recentiores. Quoticscunque igitur translatione jus aliquod adquirimus, in *auctoris* locum dicimur succedere. Est vero duplex successionis genus, et per universitatem, et in singulas res [1]). In utroque autem successionis genere jus delatum

9) v. c. L. 2. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2.) — L. 67. § 8. D. *de leg.* 2. — L. 17. D. *de reg. jur.* — L. 23. D. *de serv. pr. urb.* (VIII, 2.) — *Averanius* Lib. III. c. 20. 21. 25.— L. 127. *de V. S.*

10) L. 99. pr. D. *de V. O.* — L. 38. § 18. *eod.* — L. 26. D. *de reb. dub.*

11) L. 39. D. *de pact.* — L. 21. 33. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 172. pr. D. *de reg. jur.*

12) L. 73. § 3. D. *de reg. jur.* — *Averanius* Lib. IV. c. 13. 14.

13) L. 25. § 1. L. 69. pr. *de leg.* 3.— *Averanius* Lib. III. c. 17. nr. 6 sqq. c. 18. nr. 4 sqq. c. 19. nr. 1 sqq.

14) Vid. § 62. not. 2 — 7. § 63. not. 3. — Cf. *Averanius* IV. c. 9. 10. (ad L. 114. D. *de reg. jur.* « In obscuris inspici solere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet. ») — Lib. V. c. 2. 3. 5 — 9.

15) L. 16. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.)

16) L. 79. pr. D. *de leg.* 3.— L. 127. D. *de V. S.*

17) L. 80. D. *de reg. jur.* — L. 126. D. *de V. S.* — L. 18. § 11. D. *de instructo vel instrum. leg.* (XXXIII, 7.) — *Averanius* L. III. c. 22. — Cf. L. 9. pr. D. *de supell. leg.* (XXXIII, 10.)—*Averanius* L. III. c. 23. 24.

18) L. 12. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) — *Averanius* L. V. c. 1. 11.

19) L. 56. D. *de reg. jur.*

20) L. 9. L. 34. D. *de reg. jur.* — *Averanius* L. IV. c. 17.

21) Vid. § 340. § 657.—Cf. etiam *Averanius* Lib. IV. c. 1 — 3. Lib. V. c. 1.

§ 116.

1) L. 1. § 13. D. *quod legator.* (XLIII, 3.) — L. 3. § 2. D. *de itinere actuq. priv.* (XLIII, 19.)

et adquisitum discerni potest, ad quam potissimum distinctionem nuper admodum JCti, tantum non omnes, et tituli [2]) et modi adquirendi notiones referre soliti sunt [3]).

§ 117. *Jurium acquirendorum et ratio et vis generatim exponitur.*

Praterea, quae de jurium constituendorum ratione, deque iis, quae hanc in rem vel maxime necessaria sunt, et supra monuimus (§ 74. in f. et § 90 sqq.), et infra, cum de jurium translatione, tum de temporum praescriptionibus, deque alieni juris vicariis disputaturi, commodius dicemus (§ 120. 130 sq.): hunc quidem in locum haec etiam praecepta convenire videntur: 1) Acquiri nobis non possunt, quaequidem habere nihil ad rem nostram interest, licet retinere etiam ea possimus, quae nobis utilia non sunt [1]). 2) Natura aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem [2]). 3) Multo vero minus quis ex dolo suo delictove jus aliquod quaerere potest [3]). Denique 4), cum quis in alterius jus successit, nec plus nec minus consequetur juris, quam penes eum fuit, in cujus locum successit [4]).

§ 118. II.) *De juribus amittendis. Amissionis causae.*

Jurium amittendorum causae aut necessariae sunt, aut voluntariae. In illarum numero imprimis est: causae, e qua potissimum jus aliquod pendet, exstinctio [1]), quo etiam pertinet rei, ad quam jus aliquod spectat, interitus [2]), tum diei vel conditionis negotiis adjectae eventus, quo quidem apparente, jura quoque, ante diem vel conditionem existentem in ea re constituta, simul exstinguuntur [3]). Praeterea jura tolluntur et praescriptione (§ 122.), et confusione [4]), et duarum causarum lucrativarum concursu [5]), et revocatione juris precario concessi [6]), denique juris privatione ea, quae fit aut propter delictum, velut bonorum publicatione, aut propter ingratitudinem, aut propter rei abusum [7]), aut

2) Cf. L. 33. C. *de don.* (VIII, 54.) — L. 8. pr. C. *de bon., quae liber.* (VI, 61.) «— — titulo donationis, vel contractus alterius.»
3) *Hugo* civilist. Magaz. Bd. I. Nr. XI. (p. 83 sqq. ed. 2.) et Bd. IV, Nr. VI. (vollständige Darstellung der Lehre von justus titulus und dem sogenannten modus adquirendi). — *Thibaut* Versuche Bd. 1. Nr. XI.

§ 117.

1) Vid. L. 60. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 8. pr. L. 15. pr. *de servit.* (VIII, 1.)—(Cf. L. ult. C. *de pact. int. emt. et vendit.* IV, 54.)—L. 19. D. *de servit.*— Cf. *Thibaut* civilist. Abh. Nr. III. p. 46. et infra § 280. not. 3.
2) L. 14. D. *de cond. indebiti.* (XII, 6.)—L. 206. D. *de reg. jur.* — L. 6. § 6. L. 37. pr. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 13. § 1. D. *de cond. ind.* — L. 4. § 23. D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV, 4.) — Cf. *W. Sell.* Vers. im Gebiete des Civilr. (Giessen. 1833.) 1. Nr. I. et infra § 455.
3) L. 134. § 1. D. *de reg. jur.* L. 31. D. *de recept.* (IV, 8.) — L. 69. 70. D. *de rei. vind.* (VI, 1.) — L. 10. § 1. D. *de soluto matrim.* (XXIV, 3.) — L. 14. § 3. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — Vid. supra § 94. not. 10.
4) L. 177. pr. D. *de reg. jur.*—L. 175. § 1. *eod.* —L. 143. et L. 156. § 1. *eod.* (cf. *Auctoris* Cession p. 531. not. 81. ed. 2.).—L. 2. pr. L. 6. D. *de her. vel. act. vend.* (XVIII, 4.) — Caet. vid. L. 7. § 12. D. *de publ. in rem act.* (VI, 2.) — L. 4. § 27 sqq. D. *de d. m. et m. exc.* (XLIV, 4.) — L. 6. D. *de jure fisci.* (XLIX, 19.)

§ 118.

1) L. 136. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. supra § 113.
2) L. 3. § 2. D. *quib. mod. usufr. et usus amitt.* (VII, 4.)—L. 8. pr. D. *quib. mod. pign. solv.* (XX, 6.) —§ 16. I. *de legat.* — L. 92. pr. D. *de solut.* (XLVI, 3.)
3) L. 11. § 1. D. *quemadm. serv. amitt.* (VIII, 6) — L. 4. § 3. D. *de in diem add.* (XVIII, 2.) — L. 3. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* — L. 3. § 3. C. *comm. de leg.* (VI, 43.)
4) L. 18. D. *de serv.* (VIII, 1.)—L. 30. pr. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.)—L. 2. § 18. D. *de h. v. a. v.* (XVIII. 4.)—L. 6. D. *de manumiss. test.* (XL. 4.) —L. 71. D. *de fidejussor.* (XLVI, 1.) — L. 75. L. 95. § 2. D. *de solut.* (XLVI, 3.)
5) L. 17. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)—§ 6. I. *de leg.*
6) *Nic. Chr. Lynker* Tr. de beneplacito. (rec.) Witteb. 1743. 4. — Cf. § 81. supr. nr. III.
7) Vid. § 81. Nr. III. not. 7. et infra § 301. Nr. II. 5. et § 415. Nr. II. 2. not. 9.

propter modum non impletum [7a], de quibus quidem singulis in locis quaerere magis convenit. Denique jure acquisita auctoritate judicis tolli possunt. Causas vero, quibus jure nostro sponte nos abdicamus, generali *renuntiationis* nomine licet appellare; cujus est praecipua species alienatio, quam quidem interpretamur omnem actum, quo jus aliquod, quod jam nostrum est [8], sponte dimittimus [9]. Alienationis species est rei jurisque in alium translatio, ad quam quidem prae ceteris referunt Romani alienandi vocabulum [10]. Caeteroquin hae, quas diximus, causae aut ipso jure, i. e. sua vi ac potestate, perimunt jura, aut non nisi alio quodam adhibito actu, velut judicis imploratione [11].

§ 119. *Renuntiationum praecepta communia* (*).

Jus renuntiationum his maxime legibus continetur: I) Possumus plerumque jure nostro nos abdicare [1], catenus quidem, quatenus id aut juris publici ratio patitur, aut per aliorum jus licet [2]. II) Quemadmodum in re dubia credendum est, omnino non esse factam renuntiationem [3], sic etiam strictior renuntiationis interpretatio praeferenda erit latiori [4], ex quo etiam conficitur, ut non nisi ad praesentia jura trahenda sit renuntiatio [5]. Quid? quod generalem abdicationem utique esse insuper habendam plerique autumant [6]. III) Neque vero ad renuntiata datur regressus, invito scilicet eo, cui facta est renuntiatio [7].

§ 120. *Jurium ad alios translatio.*

Juris translatio aut proprie est translativa, ut ajunt, aut constitutiva [1], quae quidem efficit, ut non idem apud alterum sit jus, quale fuit apud alienantem, sed tamquam alia juris forma appareat, velut in servitutibus, vel pignoribus constituendis. In utrumque hocce translationis genus cessionis nomen convenit, quod quidem vocabulum prae caeteris refertur cum ad ea, quae in jure quondam cedi solita sunt, tum ad actionum cessionem [2]. Jam vero non eorum modo, quibus omnino nequit renuntiari, translatio quoque ad alios prohibita est [3],

7a) L. 10 pr. D. *de fideic. lib.* (XL. 5.) — Cf. supra § 111.

8) [Quod quidem a domino fieri necesse non est. L. 8. § 2. D. *de alienat. jud. mut. causa facta.* (IV. 7.) — Tit. Just. *quibus alien. lic. v. non.* — E. G.]

9) L. 28 pr. D. *de V. S.* — L. 9. § 1. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.) — L. ult. C. *de reb. alien. non alienand.* (V, 51.)

10) L. 1. § 25. D. *si quid in fraudem patr.* (XXXVIII, 5.)

11) § 1. I. *de except.* — L. 13. § 2. C. *de jud.* (III, 1.)

§ 119.

(*) C. *Ziegler* D. de renuntiationibus. Vit. 1667. 4.

1) L. 29. C. *de pact.* (II, 3.) — L. 21. D. *de minor.* (IV, 4.)

2) c. 1. 4. 15. X. *de renuntiatione* (I, 9.) — c. 12. X. *de foro comp.* (II. 2.) — c. 3. 6. X. *de divort.* (IV, 19.) — L. 27. pr. D. *de pact.* (II. 14.) — L. 34. pr. D. *de S. P. R.* (VIII. 3.) — *Hommel* rhapsod. quaestion. obs. 273. — *E. F. Pfotenhauer* D. utrum et quatenus legib. praesertim prohibitivis renuntiari possit. Vit. 1792. 4.

3) c. 5. X. *de renunt.*

4) Arg. L. 56. D. *de reg. jur.* — L. 87. D. *de leg.* I. — L. 26. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) — L. 21. C. *ad Sct. Vellej.* (IV, 29.) — L. 35. § 1. C. *de inoff. test* (III, 28.)

5) c. 2. X. *de renunt.* — Arg. L. 5. D. *de transact.* (II, 15.)

6) Scil. ob L. 4. § 4. D. *si quis cautionib. in jud. sist. c. fact. non obt.* (II, 11.) — Vid. *Schulting* enarrat. part. primae Dig. II, 11. § 7. — Cf. *Sam. Stryk* in usu mod. Pand. II, 11. § 9. — *Ejusd.* caut. contr. Sect. I. c. 5. § 2. 3.

7) L. 11. C. *de reb. cred.* (IV, 1.) — c. 3. X. *de renunt.*

§ 120.

1) Vid. *C. A. Günther* princ. jur. Rom. priv. T. I. § 284. nr. II.

2) *Brisson.* v. *cedere* § 3.

3) Cf. *J. F. Eisenhart* Erzähl. besonderer Rechtshändel Bd. III. Nr. XI.

sed sunt etiam jura, quae, quamquam possint abdicari, tamen non liceat aliis cedere, velut ususfructus [4]), privilegia personae (§ 82. in f.), jura gentilitia atque nobilitatis, et quae eorum sunt similia [5]). Nec actiones olim ad alios transferri poterant; usu itaque obtinuit, ut aut delegando, aut procuratorem in rem suam constituendo, velut fieret alienatio [6]).

§ 121. *Quaenam sit jurium exstinctionis vis.*

Exstincto aliquo jure ea quoque perimuntur, quae ex illo apta pendebant [1]), nec plerumque reviviscet jus amissum, nisi omnia redintegrantur, quae ei constituendo necessaria sunt [2]). Fit tamen interdum ex aequitate, ut etiam his non observatis instaurentur jura, cum in integrum restitutione, tum postliminio), tum etiam ob singularem favorem, quo gaudent nonnullae causae; quem quidem locum supra, de negotiorum convalescentia disserentes (§ 114. Nr. 3.), tetigimus.

§ 122. *De temporis praescriptione, tamquam communi jurium et adquirendorum et amittendorum causa* (*). *Notio et species.*

Temporis praescriptionem hoc quidem loco vocamus [1]): jurium commutationem, quae tempore fit. Est autem praescriptio bono publico introducta, ut litium aliquis finis esset, nec rerum dominium semper incertum [2]); ea quidem, quam legitimam s. legalem vocant. Haud enim commode fieri posse videtur, ut de judiciali, tum de conventionali vel testamentaria praescriptione loquamur [3]). Summa autem praescriptionis genera aut a tempore ducuntur, aut a vi atque effectu. A tempore hoc modo, ut definitae praescriptioni opponatur indefinita, sive praescriptio immemorialis, quam vocant [4]). A vi atque effectu species duae repetendae sunt: aut enim constituuntur jura praescriptione, aut exstinguuntur. In constitutivo praescriptionis genere inprimis est dominii juriumque in re adquisitio, quae possessione, per tempus aliquod continuata, contingit [5]); possunt tamen et alia jura tempore constitui, velut jus libertatis et civitatis [6]). Alteri

4) *Gaji* inst. II. § 30.—Cf. L. 12. § 2. D. *de usufr.* (VII. 1.)—L. 3. D. *si ususfr. pet.* (VII, 6.)

5) [Velut L. 6. § 2. D. *quae in fraud. creditor.* XLII. 8. Cf. § 704. not. 3).—E. G.]—Cf. *Auctoris* Cession etc. p. 294 sqq. § 319 sqq.

6) L. 11. pr. D. *de novat.* (XLVI, 2.)—L. 3. C. *de novat. et deleg.* (VIII, 42.) (Cf. *Auctoris* Cession § 4.)

§ 121.

1) § 118. not. 2.—*Gaji* inst. I. § 128.—§ 6. I. *de cap. dem.*

2) L. 27. § 2. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 10. § 9. D. *de in rem verso.* (XV, 3.)—L. 98. § 8. D. *de solut.* (XLVI, 3.)—Vide § 11. 2. in f. Nr. 3.

3) § 5. I. *quib. mod. putr. pot. solv.* — T. Dig. XLIX, 15. *de captivis, et de postliminio, et redemtis ab hostibus.*

§ 122.

(*) *Jac. Ravii* principia univ. doctrinae de praescr. adquisitiva et exstinctiva, definita et indefinita. Jen. 1768. 8. et c. not.—*J. B. C. Eichmann.* Hal. 1780. — *A. J. F. Thibaut* üb. Besitz u. Verjährung (Jen. 1802.) P. II. — *C. C. Dabelow* üb. die Verjährung T. I. et II. Hal. 1805 et 1807. 8., —inprimis autem: *K. A. D. Unterholzner* ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre T. I. et II. Leipz. 1828. 8.

1) Hanc enim appellationem antiquae Romanorum et velut legitimae loquendi formulae minime convenire, vix est, quod moneamus. Vid. *Brisson.* v. *praescribere* §. 1. et 3.—*H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. V. c. 4. in f. — Caet. cf. Tit. C. *de praescr. 30 vel 40 annor.* VII, 39. — *v. Savigny* das Recht des Besitzes § 2.—*Unterholzner* l. l. § 3.

2) L. 1. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — L. ult. pr. D. *pro suo.* (XLI, 10.)—L. 2. pr. D. *de aq. et aq. pluv. arc.* u. (XXXIX, 3.) — *Unterholzner* l. l. § 27.

3) Vid. *Unterholzner* l. l. § 1. nr. 3 — 6.

4) De qua quidem plura dabimus infra P. spec. § 269. Interim vid. *Unterholzner* l. l. T. I. § 140 — 150.

5) *K. A. D. Unterholzner* die Lehre von d. Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Bresl. 1815. 8.

6) L. 2. C. *de l. t. praescr. quae pro lib. opp.* (VII, 22.) — Cf. *Unterholzner* ausführl. Entwickel. II. § 290 — 293.

vero generi hae potissimum causae tribuendae sunt, quae aut spem succedendi perimunt [7], aut juris delati adquisitionem impediunt [8], aut muneris suscipiendi excusationes tollunt [9], aut actiones exstinguunt [10]. Et plerumque adquisitiva et extinctiva praescriptio, ut vocant, ita inter se solent discerni, ut ad illam referatur dominii juriumque in re adquisitio, quae fit continuata possessione, ad hanc vero actionum vel exceptionum exstinctio, quae non usu contingit [11], ad quam quidem pertinent fere omnia, quae in libris nostris de temporis praescriptione leguntur.

§ 123. *Praescriptionis et adquisitivae et exstinctivae praecepta communia.*

Ut omnino locum habeat temporalis praescriptio, haec in unum concurrant necesse est : 1) res, de qua quaeritur, ex earum sit genere, quarum non utique prohibetur praescriptio, aut natura, aut legibus [1] ; 2) tempus, quod praescriptioni statutum est, sine ulla interpellatione transactum sit [2]. Neque vero 3) prius currere incipit praescriptionis tempus, quam ea appareat rerum conditio, ut merito is, qui rei suae vel causae faciat jacturam, de alterius injuria quaeri possit; actioni enim nondum natae non praescribitur [3]. Denique 4) ei plerumque non nocet temporis praescriptio, qui impedimento aliquo civili [4] prohibetur, quo minus jus suum persequatur. Nocet cum impedimentum est naturale [5]; quamobrem non usquequaque verum est illud praeceptum : agere non valenti non currere praescriptionem [6], nec bona fides in omni praescriptionis genere necessaria est ei, cui proficiat temporis praescriptio [7].

7) L. 2. § 1. D. *qui pet. tut. v. cur.* (XXVI, 6.) —L. 2. § 23. et 43. D. *ad Sct. Tertyll.* (XXXVIII, 17.) — L. 3. C. *eod.* VI, 56. (« —praescriptione — non petiti tutoris ad excludendam — successionem praescribi. ») — Caeter. vid. *Unterholzner* ausführl. Entwickel. § 1. not 1.

8) § 9. 10. I. *de bonor. poss.*

9) § 16. I. *de excus. tut. et cur.*

10) [Multo rarius exceptiones. Pr. J. *de perp. et temporal. act.*— Vid. et *Unterholzner* ausführl Entwickelung I. § 1. not. 1.— E. G.]

11) De discrimine, quod inter utramque praescriptionis speciem intercedit, vid. L. 8. § 1. 2. 3. *de praescr. 30 vel 40 annor.*— Cf. *Thibaut* l. l. § 3. — Alias etiam distinctiones exhibent *Rave* l. l. § 15. et § 90.—*Dabelow* l. c. Einleit. § XI. XIX. *Unterholzner* ausführl. Entwickel. § 2. Et cf. *Linde* über Verj. des. Proz. u. der Litispendenz in Zeitschr. für Civilr. und Proz. T. II. Nr. V. VI.

§ 123.

1) § 1. I. *de usucap. et longi temp. praescript.* — L. 3. C. *de l. t. pr., quae pro lib.* (VII, 22.) — L. 6. in f. C. *de praescr. 30 v. 40. ann.* (VII, 39.)—C. 8. in f. X. *de consanguinitate et affinitate.*(IV, 14.)— Vid. *J. H. Boehmer* D. de praescriptione contra leges (in exercit. ad Pand. T. V. Nr. 83.); qui quidem indefinitam s. immemorialem praescriptionem in iis quoque rebus admittendam esse affirmat, quae ex legum decreto ab omni praescriptione exclusae sunt (§ 17 sq.). — Certe *definitae* praescriptioni locum alias non esse, nisi legibus etiam *agnita sit*, rectius statuitur.—Vid. *Unterholzner* T. I. § 25. 26. [Sin vero res, de qua quaeritur, ex earum est numero, quarum utique probibita est praescriptio, neque definitae, neque indefinitae praescriptioni locus est. — E. G.]

2) L. 2. C. *de praescr. longi temp.* (VII, 33.) —Cf. L. 10. *eodem.*—L. 26. C. *de rei vind.* (III, 32.) — L. 2. C. *de annali exc. ital. contr.* (VII, 40.)

3) L. 7. § 4. L. 8. § 4. C. *de pr. 30 v. 40. ann.* — L. 9. § 3. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — L. 13. § 4. D. *de pign. et hyp.* (XX, 1.)—Cf. *Thibaut* l. l. § 43.

4) L. 1. § 2. C. *de annali exc. ital. contr. toll.* — L. 22. § 11. in f. C. *de jure delib.* (VI, 30.) § 29. I. *de rer. divis.* — c. 14. 15. X. *de praescr.*

5) L. 1. § 1. D. *ex quib. caus. maj. in int. rest.* (IV, 6.)—L. 1. § 9. D. *de itinere actuq. priv.* (XLIII, 19.) — c. 10. X. *de praescr.* (II, 26.) — D. *Mevii* decis. P. IV. dec. 149.—*J. H. Boehmer* D. de eo, quod justum est durante justitio (exercit. ad Pand. T. II. Nr. 25.) c. II. § 13 sqq.

6) Vid. *Thibaut* l. l. § 24. in f. — Nobiscum etiam consentit *Unterholzner*. T. I. p. 290.

7) L. 8. § 1. in f. C. *de praescr. 30 v. 40. annor.* — Dissent. post alios *Thibaut* § 20., ob c. ult. X. *de praescr.* (« Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica, quam civilis. — Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. »)—Sed vid. *J. H. Boehmer* jus eccl. protest. Lib. II. Tit. 26. § 54. et *O. A. Moellenthal* üb. die Natur des guten Glaubens bei der Verj. (Erl. 1820.) § 19 sqq. et inprimis § 25 usq ad f.—Cf. *Dabelow* l. l. II. p. 299 sqq.—*Unterholzner* T. I. § 92.

§ 124. III. *De juribus conservandis. Loci constitutio.*

Juris nostri conservandi confirmandique causa varia nobis adsunt praesidia, eaque aut legibus comparata sunt, aut privatorum arbitrio nituntur. Atque ex utroque genere alia quidem non nisi adhibito magistratus judicisve auxilio admittuntur, alia autem privata auctoritate licebit usurpare. Jam vero de praesidiis istis ita a nobis dicetur, ut eorum cuique cum potissimum locum adsignemus, qui illius naturae atque indoli maxime conveniat. Igitur et de arrhis [1]), et de poena conventionali [2]), quam vocant, et de pignoribus constituendis ac fidejussoribus dandis, denique de sequestrationibus [3]), non prius ex professo disseremus, quam ad partem hujus doctrinae specialiorem ventum erit. De retentionibus autem, tum etiam de missionibus in bona eo loco dicemus, qui mox sequetur, qui quidem est de juris apud judicem persequendi ratione (cap. IV.). Cui adjunctum est aliud quoddam jurium conservandorum subsidium, quod vocant arrestum [4]): de quo tamen, cum nimium abhorreat ab instituti nostri ratione, in doctrina processus civilis, ut vocant, erit exponendum. Quamobrem non nisi pauca haec supersunt, de quibus, tamquam generalioribus juris conservandi auxiliis hoc quidem loco videndum erit: et protestatio atque reservatio, et cautionum interpositio, quibus etiam subjiciemus inventarii confectionem, utpote adminiculum, eidem fini, de quo nobis propositum est dicere, egregie inserviens.

§ 125. *Protestatio ac reservatio.*

Protestari is dicitur, qui testatione interposita sibi cavet, ut ne dictum factumve, aut suum ipsius, aut alterius, fraudi sibi sit[1]). Reservationem vero vocamus declarationem, eum in finem negotiis adjectam, ut juris aut translatio, aut concessio, generalioribus verbis facta, certis quibusdam finibus circumscribatur [2]). Quae quidem utraque res his potissimum continetur praeceptis: Non valet protestatio reservatiove, quae aut juri publico[3]) aut privatorum juri adversatur, nisi et hi, ad quos ea res pertinet, consentiant[4]). Nec magis ea prodest, quae vel re non amplius integra fit[5]), vel facto, dictove contraria est[6]).

§ 126. *Cautiones. Earum et finis et variae species.*

Cautiones eum in finem adhiberi solent, ut majorem pariant securitatem ei rei,

§ 124.

1) Pr. I. *de emt. et vend.* — L. 17. C. *de fide instrum.* (IV, 21.)
2) § ult. I. *de V. O.* — L. 68. D. *eod.*
3) L. 110. D. *de V. S.* — L. 22. § 8. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — L. 21. § 3. D. *de appell.* (XLIX, 1.) — Tit. C. *de prohibita sequestratione pecuniae* (IV, 4.)
4) *Rec. Imp.* de 1594. § 81 — 87. — *Jo. Sam. Brunquell* D. de processu arresti ad effect. sistendi (opusc. nr. VII.).

§ 125.

1) L. 14. § 7. in f. et § 8. D. *de relig.* (XI, 7.) — L. 20. § 1. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — L. 3. § 3. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) — L. 16. D. *ad Sct. Maced.* (XIV, 6.)
2) L. 77. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — *Sam. Stryk* D. de jure reservationum. Hal. 1689.
3) L. 51. § 2. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)
4) L. 7. pr. in f. D. *nautae, caupones*, etc. — *Chr. Thomasius* D. de protestatione jus protestantis non conservante (in Diss. collect. Halensi T. I. nr. 26.).
5) L. 31. D. *ad leg. Aquil.* (IX, 2.) et Arg. L. 15. D. *mandati* (XVII, 1.) — Cf. L. 16. D. *ad Sct. Maced.*
6) c. 54. in f. X. *de appell.* (II, 28.) — *Chr. Thomasius* D. de protestatione facto contraria (in collect. Disp. T. II. nr. 43.)

de qua agitur[1]). Est autem duplex summum genus cautionum, alterum quod a causa, alterum quod a modo atque forma, qua fieri debent cautiones, ducitur. In *priore* illo genere necessariae cautiones opponuntur voluntariis, sive conventionalibus[2]). Citra autem conventionem tum peti potcrunt cautiones, cum et periculum adest, ne re nostra vel petitione excidamus, nisi foris etiam securitas aliqua adsumatur[3]), et obligatio actiove inter duas pluresve personas intercedit, eaque talis, cujus aut in ambiguo adhuc posita est vis atque exitus, aut aliâ quadam ex causâ solutio impeditur. Et necessariarum cautionum aliae praetoriae sunt, aliae judiciales, aliae communes, i. e. quae modo magistratus, modo judicis jussu interponuntur[4]). Praetoriae item dividuntur in judiciales, cautionales et communes. Judiciales hoc quidem loco dicuntur, quae propter judicium, hujus scilicet constituendi confirmandique causa inter eos interponuntur, inter quos causa proprie agitur, quarum quidem vis a litis exitu tota pendet, ut judicatum solvi, ut cautio ex operis novi nunciatione. Cautionales appellantur, quae vel instar sunt actionum, ut cautio de tutela, de legatis vel fideicommissis, damni infecti; vel quae, ut nova sit actio, intercedunt, sicut cautio ratam rem habiturum dominum. In communibus denique est, de judicio sisti, quae quidem propter judicium interponitur, novam tamen efficit actionem, eamque a litis, de qua quaeritur, exitu minime pendentem[5]). In *posteriori* vero genere, cui modus ac forma subest tamquam fundamentum, quatuor sunt cautionum species: et satisdatio, ut proprie dicitur, quae quidem fidejussoribus datis fit [6]), et ea, quae fit pignoribus, et juratoria [7]), et nuda repromissio [8]). Solent etiam utramque priorem cautionis realis nomine appellare, posteriorem vero verbalis.

§ 127. *Cautionum usus et vis.*

Quodsi igitur simpliciter cautionem desiderat lex, ex juris quidem communis indole sufficit nuda repromissio [1]), nisi aperte constitutum sit, ut idonee caveatur, quo quidem facto aut fidejussoribus aut pignoribus dandis cavendum erit [2]). At « praetoriae stipulationes personas desiderant pro se intervenientium, et neque pignoribus quis, neque pecuniae, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisdationis fungitur » [3]). Ad juratoriam autem cautionem alii ex privi-

§ 126.

1) L. 1. § 4. D. *de stip. praet.* (XLVI, 5.)

2) § 3. I. *de divis. stipul.*

3) L. 41. D. *de jud.* (V, 1.)—L. 38. D. *pro socio.* (XVII, 2.)—L. 18. § 1. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.)—L. 26. D. *de aedil. edict.* (XXI, 1.) — L. 19. D. *de leg.* 3. — L. 5. § 3. D. *ut legat. seu fideic. serv. causa caveatur.* (XXXVI, 3.) — L. 3. § 1. D. *ut in possess. leg. v. fideic. serv. causa esse lic.* (XXXVI, 4.) — L. 1. § 9. D. *de stiput. praet.*

4) L. 5. pr. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — T. Inst. *de divis. stipul.* — *Theophilus* in Paraphr. ad eund. tit.

5) L. 1. pr. § 1 — 3. D. *de stiput. praetor.* — L. 10. § 3. D. *de compens.* (XVI, 2.) — L. 37. pr. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 20. D. *ratam rem haberi.* (XLVI, 8.) — Cf. *Jan. a Costa* ad § 1. 2. 4. Inst. *de divis. stipul.* et *Jo. Voet.* ad Dig. Tit. de praetor. stipul. § 2 — 4.

6) L. 1. D. *qui satisd. cog.* (II, 8.) — L. 1. § 9. D. *de collat.* (XXXVII, 6.)—L. 4. § 8. D. *de fideic. lib.* (XL, 5.) — Cf. Iam. L. 1. § 5. D. *de stip. praet.*

7) § 2. I. *de satisdat.* — L. 3. § 3. C. *de privil. scholar.* (XII, 30.)

8) L. 2. § 3. D. *quod legat.* (XLIII, 3.) — L. 1. § 5. D. *de stip. praet.*

§ 127.

1) L. 3. C. *de V. S.* (VI, 38.)— L. 1. § 8. D. *de stip. praet.* (XLVI, 5.)— « Stipulatio *duplae repromissio* est, nisi si convenerit, ut satisdetur. »

2) L. 59. in f. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 4. § 8. D. *de fideic. lib.* (XL, 5.) — L. 21. § 2. in f. D. *de constit. pec.* (XIII, 5.) — L. 188. § 1. D. *de V. S.*

3) L. 7. D. *de stip. praet.*

legio admittuntur [4]), alii propterea, quod et fidejussoribus et pignoribus dandis impares sunt [5]), alii denique ob rerum immobilium possessionem [6]). Atque a rebus quidem publicis nulla est exigenda cautio, praeter repromissionem [7]), fiscus vero, cum semper sit idoneus atque solvendo [8]), utique immunis est a cautionibus praestandis [9]). Caeterum quoties vitiose cautum est, vel satisdatum, non videtur cautum, et ideo ex integro plerumque erit cavendum [10]). Idemque dicemus, cum forte medio tempore quid eveniet, quo ad irritum redigatur cautio [11]). Quemadmodum autem causa illa prorsus sublata, propter quam cautiones interponi oportuit, etiam jus exinde ortum ipso jure evanescit [12]), sic etiam cautionis praestandae officium remitti potest ab eo, ad quem jus ex ea re pertinet [13]).

§ 128. *Inventarii confectio* (*).

Inventarium s. repertorium [1]) vocamus brevem bonorum descriptionem solemni et quodammodo publica quadam forma, i. e. aut magistratus judicisve auctoritate, aut adhibitis tabellionibus testibusque, factam [2]). Sufficit tamen interdum privata rerum descriptio ejus, qui eam confecit, juramento confirmata [3]), quin etiam privata simplex [4]). Necesse autem habent inventarium, aut certe privatam bonorum designationem conscribere, et rerum alienarum administratores [5]), et heredes, qui quidem sine damno ad se velint pertinere hereditatem [6]), et omnino ii, quorum est restituere quandoque bonorum universitatem, quam velut suo jure tenent, qualis est fiduciarius heres. Potest etiam inventarii conscribendi necessitas remitti ab iis, qui quidem liberam habent de rebus suis statuendi potestatem, dummodo id non fiat in aliorum praejudicium [7]).

§ 129. IV. *De jurium usu. — Principia quaedam generaliora.*

Est plerumque libera cujusque statuendi potestas, utrum jure suo uti velit,

4) L. 17. pr. C. *de dignit.* (XII, 1.) — L. 12. pr. C. *de proximis sacror. scrinior.* (XII, 19.) — L. 3. § 3. C. *de privil. scholar.* (XII, 30.)

5) L. 4. § 2. C. *de castrensianis et ministerianis* (XII, 26.) — Nov. 22. c. 44. § 5. — Nov. 112. c. 2. pr. — Nov. 134. c. 9. — Cf. L. 7. § 2. D. *qui satisd. cog.* — Nov. 22. c. 44. § 7.

6) L. 26. § 6. C. *de episc. aud.* (I, 4.) — L. 4. § 1. C. *de sportulis* (III, 2.)— Cf. L. 15. pr. D. *qui satisd. cog.*—Vid. *Gluck* Pand. nach *Hellfeld* Bd. III. § 248. not. 28

7) L. 6. § 1. D. *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* (XXXVI, 3.)

8) L. 2. § 1. D. *de fundo dotali* (XXIII, 5.)

9) L. 3. § 5. D. *si cui plus quam per leg. Falcid. lic.* (XXXV, 3.)

10) L. 6. D. *qui satisd. cog.* — L. 3. § 3. D. *ut in poss. leg.* etc. (XXXVI, 4.) — Cf. L. 3. D. *de fidejussor.* (XLVI, 1.)—L. 234. § 1. D. *de V. S.* — L. 1. D. *si quis in jus voc. non ierit* (II, 5.)— L. 7. pr. D. *qui satisd. cog.*

11) L. 8. § 3. L. 10. in f. D. *qui satisd. cog.* — L. 4. D. *ut in poss. leg.* etc. — Nec contraria est L. 15. § fin. D. *qui satisd. cog.*—Vid. *A. Fabrum* ad h. l. in rationalib. ad Pand. 127.

12) L. 4. D. *usufructuar. quemadm. cav.* (VII, 9.)

13) L. 12. D. *ut leg. v. fideic. serv. causa.* — L. 2. C. *ut in poss. legat.* etc. (VI, 54.)—Vid. tam. L. 7. C. *eod.*

§ 128.

(*) *Ge. Lenz* D. de onere inventarii. Alt. 1757. 4.

1) L. 7. pr. *de adm. et per tut.* (XXVI, 7.)

2) L. 32. C. *de episc. et cler.* (I, 3.) — L. 24. C. *de adm. tut.* (V, 37.) — L. 7. § 5. in f. C. *de cur. fur. v. prod.* (V, 70.)—L. 22. § 2. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — Nov. 1. c. 2.

3) L. 2. C. *quando et quib. quarta pars debetur ex bon. decurion.* (X, 34.) — Nov. 48. c. 1. — Cf. *Struben* rechtl. Bed. Bd. I. Nr. 79.

4) L. 15. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.)

5) L. 7. pr. D. *de adm. et per tut.* — L. 24. pr. C. *eod.* (V, 37.)—L. 13. § 1. C. *arbitr. tut.* (V, 51.) — L. 7. § 5. C. *de cur. fur.* — L. 32. C. *de episc. cler.* — L. 7. C. *de bon. proscriptor.* (IX, 49.)

6) L. ult. § 12. 14. C. *de jure delib.* (VI, 30.)

7) *F. H. Schroeder* C. de inventarii confectione, ei, cui omn. bonor. ususfructus relictus est, inutiliter remissa (Rost. 1810. 4.) § 4. 5.

nec ne. Quoniam tamen saepius jura, et aliorum usurpationibus, et solo non usu amittuntur, ideo factum est, ut JCti recentiores ea quidem jura, quibus aut utendi aut non utendi plenissimum est hominum arbitrium, rerum merae facultatis nomine insignirent [1]). Ratio autem, quomodo quis rebus suis justo modo utatur, his fere legibus continetur : 1) Nemini aut contra juris publici rationem, aut cum injuria aliorum jure suo uti permittitur [2]). Neque vero 2) eo, quis a juris sui exercitio prohiberi potest, quod alii damnum aliquod inde inferatur; nam qui jure suo utitur, nemini facit injuriam [3]). Qua quidem in re judici ca vendum, ut nullo modo indulgeat malitiis [4]). 3) Non debet etiam, cui plus licet, quod minus est, non licere [5]). Praeterea 4) existimandum, ei, ad quem jus aliquod pertinet, adminicula quoque esse concessa, quae hujusce rei usui inserviant [6]). Jam vero 5) qui ideo jus aliquod sibi tribui velit, quod eo sit usus, is, nisi tamquam suo jure id fecerit, frustra aget [7]). — Caeterum jus nostrum aut per nosmet ipsos exercemus, aut per alios [8]); de quo quidem mox pluribus dicetur.

§ 130. *De jurium per alios exercendorum ratione generatim disseritur.*

Cum antiquissimis quidem temporibus, quaecunque gererentur, ea plerumque per se quemque ac praesentem oporteret agere, nisi quod per subjectas ipsius potestati personas et jura acquirere et obligationes contrahere paterfamilias posset, paulatim tamen ex nimio veteris juris rigore multa sunt relaxata, ut jam cuique esset liberum, negotia sua privata, praeter ea, quae ad juris antiqui solemnitates peragenda essent [1]), extraneis quoque personis committere curanda. Neque vero umquam veteris juris ratio prorsus evanuit, quippe quae usque eo servata sit, ut ad ipsum administratorem omnis fere negotii vis spectare videretur, nec aliter, nisi per ambages ac deverticula, ad eum, cujus res ageretur, et commodum et incommodum rei gestae transferri posset [2]). Gerere autem ne-

§ 129.

1) Est tamen non uoa, de rerum merae facultatis el oolione, et vi, doctorum homioum sententia. — Cf. *Aug. Leyser* de rebus merae facultatis (meditatioonum ad Pand. specimen 462.). — *Jo. Ernest. Just. Müller* observationes practicae ad *Leyseri* meditt. ad Paod. T. V. obs. 740 — 747.— *Glück* Paod. nach. *Hellfeld*. T. I. § 15.— *Thibaut* üb. Besitz u. Verjähr. P. II. § 22. not. 1.— *Unterholzner* ausführl. Entw. d. Verjährnogslehre § 25.

2) L. 7. C. *de relig. et sumt. fun.* (III, 44.)— T. C. *de aedificiis privat.* (VIII, 10.) — L. 1. § 11. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3. («Prodesse enim sibi unusquisque, *dum aliis non nocet*, non prohibetur. ») — L. 13. § 7. D. *de injur.* (XLVII, 10.)

3) L. 26. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) —L. 9. D. *de serv. pr. urb.* (VIII, 2.) — L. 1. § 12. *de aq. pl. arc. act.* (not. sqq.)—L. 55. L. 151. D. *de reg. jur.* («Nemo damoum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.») — L. 155. § 1. *eod.*

4) « Si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus esset possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas. Neque malitiis indulgendum est, si tectorium, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.» L. 38. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — L. 1. § 12. D. *de aq. pluv. arc. act.* (Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi — —, *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.* »)—L. 2. § 5. *eodem.* — Vid. *Weber* v. d. nat. Verb. § 101.

5) L. 21. 26. 163. 165. D. *de reg. jur.*—Pr. I. *de servit.*

6) L. 2. D. *de jurisd.*—L. 56. 62. D. *de procurat.* (III, 3.)—L. 10. D. *de serv.* (VIII. 1.)—L. 20. § 1. D. *de serv. pr. urb.* (VIII, 2.)—L. 3. § 3. D. *de serv. pr. rust.* (VIII, 3.)

7) L. 25. D. *quemadm. serv. amitt.* (VIII. 6.)— L. 7. D. *de itinere actuque priv.* (XLIII, 19.) — Cf. *de Savigny* das Recht des Besitzes § 46. p. 540 (ed. 5.).

8) c. 68. *de reg. jur.* in 6to (V, 13) «Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum. »

§ 130.

1) L. 90. pr. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — L. 13. § 10. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.) — L. 17. § 1. D. *de appell.* (XLIX, 1.) — L. 123. D. *de reg. jur.* — L. 3. C. *de vind. lib. et ap. Concil. manum.* (VII, 1.)

2) Vid. infra not. 6. et § 131. — Cf. § 120. in f.

gotium alienum is tantum videtur, qui in ipso negotio contrahendo domini vice fungitur, omnino non interveniente eo, ad quem ea res pertinet. Quare negotiorum gestores ab his facile discernuntur, qui non nisi ministerium suum gerentibus accommodant, ut internuntii [3]), ut proxenetae [4]), ut arbitri, qui eum in finem dantur eliguntur ve, ut, tamquam alienae voluntatis interpretes, rem, de qua agitur, arbitrio suo aut constituant, aut justo aestiment pretio [5]). Contraria fere ratione a meris administratoribus differunt in rem suam procuratores, i. e. qui alieno quidem nomine, suo tamen periculo aut agunt, aut conveniuntur [6]). Caeterum vel legum decreto administratores constituuntur, vel magistratuum officio, vel privatorum voluntate; inter eosque hoc potissimum intercedit discrimen, quod libera non potest esse de rebus suis statuendi facultas penes eum, cujus rem familiarem aut lex aut magistratus aliorum curae demandavit [7]).

§ 131. *Quomodo per alias personas jura acquirantur atque obligationes contrahantur?* (*)

Per eas personas, quas in potestate habemus, recta via acquirimus jura omnia, quae quidem ad rem familiarem spectant, atque eo modo iisque formis acquiruntur, quae in alieni juris personas cadere possunt [1]). Similiter ea, quae naturaliter adquiruntur, per liberas quoque personas quaerere nobis licet, velut possessionem, et per hanc etiam dominium, non item ea, quae civiliter [2]). Atque ex his quaedam sunt, quae plane non admittunt procuratorem (§ 130. not. 1.), quaedam, quae admittunt quidem, sic tamen, ut plerumque domino directe nihil adquiratur. Quotiescunque enim obligationes contrahuntur *negotiis*, quemadmodum omnino non valent, nisi ipsius negotiorum gestoris nomine contractae sunt [3]), sic etiam obligatio actioque inde oriunda recta quidem plerumque quaeritur administratori, neque aliter nisi vel mandatis vel utilibus actionibus agere aut conveniri poterit is, ad quem ea res pertinet [4]).

3) L. 2. pr. D. *de pact.* — L. 14. in fine. L. 15. D. *de pec. const.* (XIII, 5.) — L. 1. § 1. D. *mandati.* (XVII, 1.) — Cf. *Auctoris* Cession d. Forderungsr. § 11. Nr. II. p. 95 sq. (ed. 2.)

4) L. 2. D. *de proxenetis.* (L, 14.)

5) L. 76. D. *pro socio.* (XVII, 2.) — L. 35. in f. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 1. D. *de leg.* II. — L. 12. D. *de leg.* III. — Distinguunt nonnulli inter merum arbitrium et arbitrium boni viri, maxime ob L. 76. D. *pro soc.* — Vid. *Cujacius* in comment. ad L. 43. D. *de V. O.* (XLV, 1.) et *G. Noodt* ad Tit. Dig. *de contr. emt.* (opp. T. II. p. 306. 307.). At merum hoc arbitrium, ut perperam dicitur (vid. enim L. 3. C. *de recept. arbitr.* II, 56.), non nisi ad arbitrorum compromissariorum sententias referri posse videtur.

6) L. 2. in f. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — L. 8. in f. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 42. § 2 sqq. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 66. § 2. D. *de evict.* (XXI, 2.)

7) L. 8. § 5. C. *de bon. quae lib.* (VI, 61.) — L. 27. D. *de administr. tut.* (XXVI, 7.) — L. 3. C. *de in int. rest. min.* (II, 22.) — [Quod quidem ad curam bonis absentium constitutam non attinere manifestum est. — E. G.]

§ 131.

(*) *Gaji* Inst. II. § 86 — 96. III. § 163 — 167. — *Ulpiani* Fr. XIX. § 18 sqq. — Tit. Inst. II, 9. per quas personas vobis (s. nobis, s. cuique) adquiritur. — T. Inst. III, 28. (29.) per quas personas obligatio acquiritur. — T. Cod. IV, 27. per quas personas nobis acquiratur.

1) Cf. *Gaji* Inst. II. § 96. — L. 1. C. *si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.* (VIII, 5.)

2) L. 53. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — L. 20. in f. *eod.* — § 5. I. *per quas pers. vob. acq.* — L. 1. C. *h. t.* — Cf. *Auctoris* Cession d. Forderungsr. § 5. p. 34. not. 55 (ed. 2.)

3) L. 73. § 4. D. *de reg. jur.* — L. 11. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 6. C. *si quis alteri vel sibi sub alterius nomine — emerit* (IV, 50.) — Vid. et L. 3. C. *de contrah. stipul.* (VIII, 38.) — Cujus regulae multae sunt exceptiones. Vid. not. 7. et *Auctoris* Cession § 10. in fine. (Nr. 1.—6.)

4) L. 27. in f. L. 28. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 11. § 6. D. *de pignerat. act.* (XIII, 7.) — L. 8. § ult. L. 10. § 6. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 49. § 2. D. *de a. v. o. p.* (XLI, 2.) — L. 5. D. *de stipul. praetor.* (XLVI, 5.) — Cf. L. 2. C. *h. t.*

Contra vero, quae non proprie negotiis constituuntur obligationes [5]), Itemque eae, quae ex sola rei alicujus aut traditione aut solutione nascuntur [6]), jam recta via domini fient [7]). Omnino autem, cum jurium constituendorum gratia ab administratoribus negotia ineuntur, tota adquisitionis et causa et vis ex gerentis persona fere debet aestimari [8]), ita quidem, ut et ipsius domini persona tum consideranda sit, cum aut jus hoc modo quaesitum ipse persequi velit [9]), aut ex eo genere sit jus, in quo, ut omnino procedat, domini et scientia et voluntas potissimum spectanda sit [10]). Quamquam vero de eo, quid de harum rerum in foris nostris usu statuendum sit, valde ambigitur, haec tamen propius accedere ad veritatem videntur: 1) ut obligationes etiam alieno nomine recte contrahantur [11]); 2) ut ad instituendas actiones ab administratore quaesitas jam omnino non egeat dominus mandatis actionibus. Caeterum 3) quemadmodum etiamnum agere non potest dominus, nisi tam ex sua ipsius, quam ex administratoris persona actio teneat, ita, ut ipse conveniatur, aut obligatio adsit ad indemnem praestandum administratorem, aut ex eo negotio ad eum aliquid pervenerit necesse est [12]).

§ 132. *De administratorum officio, tum quatenus per eos obligentur domini.*

Qui res alienas administrat, diligenter curet, ut recte perficiantur ac transigantur negotia suscepta; idemque etiam ad rationes reddendas tenetur, nec non ad ea restituenda, quae ex negotio ad ipsum pervenerunt [1]). Neque ullum afferet praejudicium negotiorum domino, nisi intra eos sese continet terminos, quibus ipse aut lege, aut mandato circumscribitur [2]): itaque quo liberius est mandatum, eos magis erit periculosum ei, ad quem ea res pertinet [3]). Qui quidem, sicut administratori, quidquid eo nomine illi abest abfuturumve est, reddere resarcireve necesse habet [4]), ita etiam, quae administrator gessit, officii sui fines haud egressus, tamquam a se ipso gesta essent, agnoscere debet atque implere [5]). Quid? quod etiam culpam eorum, quorum opera usus est, praestare debet dominus, nisi in illis eligendis prorsus omni culpa ipsum vacare, probare velit [6]). Item procuratoris dolus, ut nec proderit domino [7]),

5) L. 72. D. *de proc.* — L. 24. § 2. D. *de usur.* (XXII. 1.) — L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) — L. 3. pr. D. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.)

6) L. 2. § 4. L. 9. § 8. D. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 40. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

7) *Auctoris* Cession etc. § 11. p. 89 sqq. (ed. 2.)

8) L. 2. § 11. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — L. 24. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — L. 7. § 13. D. *de Publ. in rem act.* (VI, 2.) — L. 5. pr. D. *de tribut. act.* (XIV, 4.) — L. 12. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 51. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — L. 16. § 3. 4. L. 22. § 5. D. *de lib. causa.* (XL, 12.) — L. 4. § 17. D. *de d. m. et m. exc.* (XLIV, 4.) — *Auctoris* Cession § 13.

9) v. c. quoad dolum. L. 4. § 17. 18. D. *de d. m. et m. exc.* — L. 51. in f. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — L. 16. in f. D. *de lib. causa.* — *Auctoris* Cession § 8. p. 63. et § 12. p. 104.

10) v. c. usucapientis bona fides. L. 2. § 12. D. *pro emt.* — L. 1. C. *de acq. et ret. poss.* (VII, 32.) — L. 43. § 1. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — L. 2. § 13. *pro emt.*

11) *L. A. Hamberger* de non usu stipulation. usuq. pactor. in for. Germ. (in opusc. ab *Estore* edd. nr. III.) c. III. § 7 sqq.

12) Cf. *Weber* von der naturl. Verb. § 89. a. et *Auctoris* Cession. § 14.

§ 132.

1) L. 46. § 4. D. *de proc.* — L. 2. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 8. § 10. L. 20. pr. *mandati.* — L. 1. § 3. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.)

L. 49. D. *de proc.* (III, 3) — L. 5. § 3. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 63. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 1. § 2. 3. D. *de exc. rei vend. et trad.* (XXI, 3.) — L. 10. 16. 19. C. *de proc.* (II, 13.)

3) L. 14. 15. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 58. 59. D. *de proc.* — L. 17. § 2. 3. D. *de jurejur.* (XII, 2.)

4) L. 2. D. *de negot. gest.* — L. 12. § 9. D. *mandati.* — L. 63. § 5. D. *de furtis.* (XLVII, 2.)

5) L. 45. § 2 sqq. D. *mandati.* — L. 1. § 2. in f. D. *de exc. rei vend. et trad.*

6) L. 21. § 3. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 25. § 7. D. *loc. cond.* (XIX, 2.) — L. 20. § 2. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — L. 11. pr. D. *loc. cond.*

7) L. 4. et 16. D. *de vi et vi arm.* (XLIII, 16.)

sic etiam nocebit, quatenus quidem in ipso negotio admissus est [8]), ita quidem ut suorum quisque delictorum poenas ipse solvat [9]).

§ 133. *Singulatim de administratorum ad rationes reddendas obligatione* (*).

In rationum reddendarum officio haec potissimum insunt: ut accepta expensaque in rationum codices singulatim referantur, tum ut exhibeantur cautiones instrumentaque, quae fidem scriptis faciant, reliqua vero restituantur [1]). Licet autem rationum exigendarum jus remissum sit, tamen nec doli praestatio, nec reliquorum restitutio remissa esse videtur [2]). Subscriptae rationes atque expunctae non fere retractantur [3]); at vero perpetua est rationum retractandarum actio ob calculi errorem [4]), nisi post rem aut judicatam [5]), aut transactione finitam [6]).

CAPUT IV.

DE JURIS PERSEQUENDI DEFENDENDIQUE RATIONE.

§ 134. *Privati arbitrii in juribus persequendis prohibitio.*

Publico juri conveniens est, ut res suas quisque judicio repetat, nec quisquam causae suae ipse sit arbiter et vindex [1]). Creditor itaque, qui vim adhibuit debitori, ut sibi solveretur, excidit crediti jure; qui vero sine judicis auctoritate occupat res debitoris, hoc amplius et bonorum tertia parte multatur, et infamiae poenam subit [2]). Quodsi quis rebus ad ipsum quidem pertinentibus, at in aliena possessione constitutis, sine judice potiatur, et restituat res, quas abstulit, possessori, et earundem dominium amittat; sin dominus non sit, tum non solum res, quas abstulit, reddere, verum etiam aestimationem earum

8) L. 4. § 17. in f. D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV, 4.) (vid. et § 131. not. 8.)

9) L. 46. § 5. in f. D. *de proc.*

§ 133.

(*) *A. Leyser* D. de redditione rationum (meditationum ad Pand. specimen 677.).

1) L. 82. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) —L. 111. *eod.*—L. 89. § 2. D. *de V. S.*—An is quoque, qui nullo jure cogente pro administratore rationum reddendarum officium suscepit, ad reliqua restituenda teneatur, anquirit *Leyserus* l. l. m. 2.

2) L. 72. § 5. D. *de cond. et demonstr.* — L. 9. D. *de liberat. leg.* (XXXIV, 3.) (« Si quis rationes exigere vetetur, —non impeditur, reliquas exigere, quas quis se reliquavit (vid. not. 57. 58. in ed. Geb. Sp. ad. h. l.), et si quid dolo fecit, qui rationes gessit. Quod si quis et haec velit remittere, ita debet legare: damnas esto heres meus, quidquid ab eo exegerit illa vel illa actione, id ei restituere, vel actionem ei remittere.»)—L. 20. § 1. L. 28. § 4. L. 31. § 1. *eod.*— Neque contraria est L. 31. § 2. *eod.* — Cf. *Jo. Conr. Rucker* interpretation. Lib. II. (Lugd. Bat. 1752. 8.).

3) L. 13. § 1. D. *de divers. temp. praescr.* (XLIV, 3.) — [Quam regulam plerisque ad omnes administratores referendam opinantibus, *Unterholzner* (ausf. Verj. Lehre II. p. 324. Nr. 2.) strictissime interpretatur. —E. G.]

4) L. 8. pr. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* —L. 8. «Calculi erroris retractatio etiam post decennii aut vicennii tempora admittetur.»

5) L. un. C. *de errore calculi* (II, 5). — L. 2. C. *de re jud.* (VII, 52.) — L. 1. § 1. D. *quae sentent. sine appell. rescind.* (XLIX, 8.)—Cf. et L. 2. C. *de jud.* (III, 1.)

6) L. un. C. *de err. calc.* (not. 5.) et L. 8. § 1. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.*— Cf. *Goenner* Handb. d. gem. deutschen Processes (ed. II. Bd. IV. Abh. LXXV.

§ 134.

1) *J. H. Boehmer* D. de poena jus sibi dicentis sine judice (Exercitt. ad Pand. T. II. Nr. XXIII.). —Cf. not. sq.—*J. T. B. Linde* in d. Zeitschr. f. Civilr. und Process I. Nr. XXI.—*Fritz* Erlaeut. zu Wening I. p. 125 — 131. — *Benfey* in Rhein. Mus. VII. nr. 1. — Cf. et not. 19.

2) L. 12. in f. et L. 13. D. *quod met. causa.* (IV, 2.)—L. 7. D. *ad L. Jul. de vi privata.* (XLVIII, 7.) — L. 8. L. 1. pr. *eod.* — *J. O. Westenberg* Divus Marcus seu Dissert. ad constitutiones M. Aur. Anton. imp. (opp. cur. *Jungio* T. III.) Dissert. XXXIX.—*Linde* l. l. § 4 — 6. — Durius etiam est jus Nov. 60. c. 1. pr. et Nov. 52. c. 1. constitutum. — Vid. *Linde* l. l. § 6. in f. —*Benfer* l. l. § 2 — 9.

solvere compelletur [3]. Idemque postea ad rei alienae detentores translatum est, qui quidem non ultro restituant dominis res, justo tempore eas recuperare volentibus [4]. Aliud etiam jure pontificio comparatum est auxilium ei, qui privato arbitrio rebus suis, vel juribus exuitur [5]; vocant remedium spolii. Spoliatus igitur ad pristinum statum recuperandum et actionem habet, cum contra spoliantem, tum contra tertium rei possessorem spolii conscium [6]; et exceptionem, in civilibus quidem causis ipse spoliatori, in criminalibus vero, siquidem vel tota bonorum substantia, vel majore eorum parte se spoliatum affirmat, cuivis accusatori objiciendam [7]. Neque vero hisce pontificum decretis sublatae esse videri possunt poenae, jure civili iis constitutae, qui sibimet ipsi jus dicant [8].

§ 135. *Exceptiones proponuntur.*

Neque vero omnino caret exceptionibus haecce, quam commemoravimus, privati arbitrii prohibitio. Nam 1) recta possumus via, ipsoque nostro facto jus nostrum persequi interdum ac defendere. Nam et vim vi repellere licet [1], et opus, quod quis in nostro sine jure posuit, destruere [2], et justitio, i. e. juris judiciorumque cessatione [3], interveniente, adversarium, ut ab injuria erga nos desistat cogere [4], et debitori fugienti pecuniam, quam secum tulit, auferre [5], et alia complura facere, de quibus nihil hic attinet dicere [6]. Praeterea 2) occulta etiam patet nobis juris nostri persequendi via ac ratio, qua velut vim inferimus menti adversarii, eumque hoc modo cogimus, ut aut causa nobis cedat, aut alia ratione sibi nostra auctoritate nostroque arbitrio legem dici patiatur. Quo in genere inprimis sunt tum jus retentionis, ut vocant, tum jurisjurandi delatio. Et de illo nunc videbimus; de hac vero commodior dicendi infra (§ 152.) nobis dabitur locus.

§ 136. *Jus retentionis* (*).

Retinere is generatim dicitur, qui creditori dominove se, quod vicissim illi

3) L. 7. C. *unde vi.* (VIII, 4.) — (Cf. L. 3. Th. C. *eod.*). — § 6. I. *de interd.*

4) L. 34. C. *loc. cond.* (IV, 65.) — L. 10. C. *unde vi.*

5) Decretal. (II, 13) et Lib. VI. (II, 5.) *de restitutione spoliatorum.*

6) c. 18. X. *h. t.*

7) c. 1. *h. t.* in 6. — Cf. *de Savigny* das Recht d. Besitzes § 50.

8) In aliam sententiam multi iverunt, maxime propter c. 1. 7. 10. X. *h. t.* et c. 1. X. *de dolo et contumacia* (II, 14.) — At vid. c. 2. C. XVI. qu. 6. — c. 18. *de praeb.* in 6. (III, 4.) et *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. Lib. V. Tit. XVIII. § 3 — 6. et Diss. cit. c. II. § 5. 6. — Cf. omnino quod attinet usum horum praeceptorum hodiernum: C. G. O. de 1521. Tit. 32. § 2. Rec. imp. de 1532. Tit. 3. § 15. — *Boehmeri* Diss. cit. c. II. *ejusdq.* Jus eccl. Prot. l. l. § 7 sqq. — *Linde* l. l. § 8. p. 450 sq. et § 10.

§ 135.

1) L. 1. § 27. D. *de vi et vi arm.* (XLIII, 16.) — L. 1. § 28. *eod.* — L. 3. § 9. *eod.* (« sed hoc confestim, non ex intervallo. ») — L. 1. C. *unde vi.* (VIII, 4.) — L. 52. § 1. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) et L. 3. et 4. C. *de siccariis.* (IX, 16.) — *J. A. Hellfeld* D. de violenta rerum nostrarum defensione (opp. min. Nr. XXI.).

2) L. 29. § 1. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — Cf. L. 22. § 2. D. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.)

3) *Gellius* N. A. XX, 1.

4) Quae quidem res multas habet cautiones. Cf. *J. H. Boehmer* D. de eo, quod justum est durante justitio (Exercit. ad Pand. T. II. Nr. XXV.).

5) L. 10. § 16. D. *quae in fraud. cred.* (XLII, 8.)

6) Cf. *J. Claproth* Einl. in den ordentl. bürgerl. Process I. § 3 — 5. — Caeterum pignoris captiones a privatis hominibus factae Romano jure prohibitae sunt. L. 39. § 1. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — Cf. et Nov. 52. c. 1. Quatenus vero pactum de ingredienda possessione ex L. 3. C. *de pignor.* (VIII, 14.) valeat, vid. *J. H. Boehmer* Diss. (§ 134. not. 1.) cit. c. I. § 19.

§ 136.

(*) *Ge. L. Boehmer* D. de jure retentionis ejusque effectu (in elect. jur. civil. T. II. Nr. XII.). — *J. L. W. Faselius* syst. Darstell. der Lehre vom Retentionsrechte. Halle 1793. 8.

debet, praestaturum vel restituturum negat, donec ipsi satisfactum sit. In quo et compensatio est [1]), et retentio, ut proprie dicitur; quae quidem his potissimum continetur praeceptis: primum, ut in possessione detentioneve simus ejus rei, quam adversarius sibi a nobis exhiberi aut restitui petit [2]); deinde, ut talis sit possessio, quam justa ex causa quaesiverimus nobis [3]); denique, ut id, quod per retentionem nobis velimus servare, et vere debeatur nobis [4]), et liquido de eo constiterit [5]), et connexum sit cum eo, quod a nobis petitur [6]). Quod si in unum haec concurrant, retentio locum habet, licet nullo legis decreto speciatim sit praescripta [7]), nisi ex eo genere sit petitio, quae jure singulari nec compensationem admittat, nec retentionem [8]). Quamquam autem ejus rei, quam quidem retinere poteramus, omissa retentione plerumque non habemus repetitionem [9]), tamen id, quod retinendo non servavimus, repeti potest [10]), dummodo non solius exceptionis angustiis jus nostrum circumscriptum sit [11]). Caeterum, si in ea ipsa re, quam liceat retinere, jus aliquod nobis sit, idque tale, quod non amittatur doli exceptione omissa [12]), jus illud retinendi a recentioribus appellatur qualificatum, contrario scilicet simplicis nomine opposito [13]).

§ 137. *De praesidiis juris sui persequendi causa cuique comparatis.*

Plerumque igitur judicio jus suum quisque tueatur necesse est, idque fieri dupliciter potest: aut impugnantis more, aut defendentis. Impugnatio actionibus fit, quibus aut dari nobis, aut fieri, restituive aliquid per judicem reposcimus (§ 77. not. 3.). Reus autem ad excludendam, vel minuendam, vel differendam actionem, aut negationibus utitur, aut exceptionibus, i. e. allegationibus actioni contrariis, quae eo nituntur, quod, licet justa per se sit et veritate fundata actoris intentio, tamen aut iniqua sit adversus eum, cum quo agitur, aut alia quadam ex causa, actionis initium et velut fundamentum plane non attingente, removeatur elidaturve [1]). Similiter ex parte actoris re-

1) § 30. I. *de act.* Dig. (XVI, 2.) et Cod. (IV, 31.) *de compensationibus.*

2) L. 14. § 1. D. *comm. div.* (X, 3.) — Cf. *Fascelius* l. c. § 7.

3) Arg. L. 1. C. *unde vi.* (VIII. 4.) — L. 25. D. *de pignor. et hyp.* (XX, 1.)—Cf. L. 1. C. *si aliena res pign. data sit.*(VIII. 16.)

4) L. 14. D. *de donat.* (XXXIX, 3.)

5) Arg. L. 14. § 1. C. *de compens.* — Cf. *Leyser* sp. 175. m. 4. — Dissent. *Thibaut.* Pand. Recht § 311. in f. — Cf. infra § 471. nr. 2.

6) L. 50. § 1. D. *de her. pet.* (V, 3.) — L. 27. § 5. L. 48. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — L. 2. pr. D. *de lege Rhodia de jactu* (XIV. 2.) — L. 8. pr. D. *de pign. act.* (XIII. 7.) — L. 25. in f. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 18. § 4. D. *commodati.* (XIII, 6.) — L. 15. § 2. L. 53. § 4. L. 59. D. *de furtis.* (XLVII, 2.) — L. 13. § 8. D. *d. a e. v.* (XIX, 1.) — L. 31. § 8. D. *de aedil. ed.* (XXI. 1.) — L. 1. pr. in f. D. *de pign.* — L. 9. § 3. *de damno inf.* (XXXIX. 2.) — L. 8. D. *de incend. ruina, etc.* (XLVII. 9.)

7) Dissent. post alios *W. F. Wiese* (resp. *J. C. Schroeder*) D. de retent. pignor. tam ob eadem quam ob diversa (Rost. 1780.) § 5. et *Glück* Pand. nach *Hellfeld* Bd. XV. § 937. Nr. 1. — At enimvero cum ipsis locorum, supra (not. 2. et 6.) allatorum argumentis, tum vero maxime rationibus, quibus illi nituntur, satis significatur, retentioni plerumque esse locum, ubi ea, quam commemoravimus, debitorum inter se adsit connexio.

8) Velut L. 11. C. *depositi.* (IV, 34.) — L. un. § 5. C. *de rei ux. act.* (V, 13.) — Cf. L. 5. D. *de dote praelegata.* (XXXIII. 4.)

9) L. 19. § 2. D. *de hered. pet.* — Excepl. vid. L. 21. D. *ad Sct. Treb.* (Cf. not. 12.)

10) L. 50. § 1. D *de her. pet.* — L. 14. § 1. D. *comm. div.* — L. 18. § 4. D. *commodati.*

11) L. 51. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. 48. D. *de rei vind.* — L. 14. § 1. *comm. div.* — L. 33. in f. D. *de cond. ind.* — L. 14. D. *de d. m. et m. exc.* (XLVI. 4.)

12) V. gr. L. 1. pr. in f. *de pignor.* — L. 15. § 5. D. *de re jud.* (XLII, 1.)

13) *Boehmer* l. l. § 17. — *Glück* l. l. § 936. Nr. II. p. 120 sqq.

§ 137.

1) [*Gaji* inst. IV. 116. « Comparatae sunt exceptiones *defendendorum* eorum gratia, cum quibus agitur. — Vid. et L. 43. pr. D. *de reg. jur.* Veteres jurisconsulti et Justinianus ipse in « exceptionis » definitione nonnunquam significationem ori-

plicationes, ut excludantur exceptiones, objici solent reo. Sed et contra replicationem datur duplicatio, et contra duplicationem triplicatio, et contra triplicationem rursus quadruplicatio, et sic deinceps [2]).

§ 138. *Varia actionum genera* (*).

Jam vero actionum singula genera persequamur. Et duplex quidem actionum est velut summum genus: I) Alterum, in quo continentur duae species hae: et *in rem* actiones, et *in personam* [1]). Et 1) *in rem* quidem actio duplicem habet significationem: alteram generaliorem, eamque, ut videtur, veteribus JCtis minus usitatam [2]); alteram magis vulgarem et velut propriam, qua aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod in re nobis competere, velut utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, et quae ex eo genere sunt similia [3]); eaque plerumque non nisi adversus possidentem locum habet [4]). At generatim accepto vocabulo et praejudiciales quoque actiones s. praejudicia, ea quidem, quae ad statum jusque familiarum tuendum spectant, hoc in genere inesse videntur [5]). Sunt autem praejudiciales actiones [6]), quae nullam in se habent condemnationem [7]), etiamsi jura ex illis pendentia ex eo genere sint, in

ginariam sequuntur (*Gaj.* IV, 116. — pr. I. de except.) quod quidem alias saepe fit. Sed et largiorem, quo hodie utimur, sensum admittunt. Cf. *Gaj.* IV, § 124 sqq. et tit. I. *de except.* — Tit. D. et C. *eod.*; quod plerique recentiores (vid. *Zimmern*: Roem. Civilpr. § 96. in f.) perperam negant atque Jurisconsultos et imperatorem inconstantis verbi usus accusant. (*Gesterding* Ausbeute von Nachforsch. T. II. p. 185.). — At vide *Cic.* de invent. II, 19, qui translationes, quarum nomine praesertim eae, quas nos « legitimationis deficientis » et « incompetentiae » exceptiones appellamus, comprehenduntur — praetoriis *exceptionibus*, fieri solere dicit. Scilicet in praecepto: « reus in exceptione actor est » vocabulo sensus arctior attribuendus. (Vide *Heffter* ad *Weber* über die Verb. zur Bew. führ. p. 270 in f. et p. 286 sq. nr. 1.). — Caeterum cf. L. 22. pr. D. *de except.* (XLIV, 1.) et infra § 141. not. 3. — E. G.)

2) *Gaji* inst. IV. § 126—129. — Tit. Inst. *de replicationibus.* — L. 2. § 1. 3. L. 22. § 1. D. *de except.* — L. 10. C. *eod* (VIII, 36.)

§ 138.

(*) Inst. (IV, 6.) *de actionib.* — Dig. (XLIV, 7.) et Cod. (IV, 10.) *de* (obligationibus et) *actionibus.* — *H. Donelli* comment. ad tit. Inst. de actionib. 1596. 8. — *Reinh. Bachovii Echtii* Tr. de actionibus. Frcf. 1637. 4. — *Hasse jun.* über das Wesen der actio in Rhein. Mus. IV, Nr. I. et VI. — *Fritz* Erlaeut. zu v. Wening. v. 74 sqq.

1) § 1. I. *de act.* — L. 25. pr. D. *h. t.* (Cf. *Gaji* instit. IV. § 1. et 3.) — Caeterum discriminis hujus rationem e jure, quod subsit actionibus, tamquam ex fonte, haud esse repetendam, sed in formularum conceptione totam esse positam, censet *Duroi* im Archiv für civilist. Praxis VI. p. 423. (§ 22.) et p. 436 sq. (§ 27.). At in alia omnia abit *F. J. Stahl* über das ältere Röm. Klagenrecht (München 1827. 8.) p. 6 8. 13. et passim. Certe jus, de quo quaeritur, conjunctissimum esse cum formulae proprietate, id cum ipsius rei natura intelligitur, tum vero fontium juris nostrorum auctoritate confirmatur. Vid. v. c. § 1. I. *de act.* verb.: « agit — cum eo, *qui ei obligatus est* ».

2) Cf. *Duroi* l. l. § 26. p. 429 sqq. et supra § 79. not. 4. 5.

3) § 1. in f. et § 2. I. *de act.* — Cf. *Fritz* l. l. p. 78 — 81. et supra § 79. not. 5.

4) Exceptis et servitutum actionibus et casu illo uno, de quo Justinianus § 2. I. *h. t.* « Sane uno », inquit « casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. » — Cf. *Donellum* ad h. § nr. 27—36. — *Jo. Doujatii* D. de uno casu (excurs. XVIII. ad Theophil. ed. *Reitz.* p. 1222.). — Variorum not. ad Theophil. ap. Reitz. p. 787 sqq. — *Ev. Otto* ad h. § nr. 4. — Forsitan ante oculos obversata est Justiniano negatoria actio, quatenus etiam adversus eum dominum competit, qui sibi non tribuat jus servitutis. L. 13. 14. 17. pr. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 6. § 2. D. *arbor. furt. caes.* (XLVII. 7.)

5) § 13. I. *h. t.* — Cf. L. 1. § 2. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 9 C. *de patr. pot.* (VIII, 47.) — L. 5. § 18. D. *de agnosc. et alend. liber.* (XXV, 3.)

6) Quo sensu alioquin accipiatur praejudicii vocabulum, vid. apud *Quinctil.* inst. or. V, 2. — Cf. omnino *Raevardi* de praejudiciis libri duo (opp. p. 811 sqq.). — *v. Savigny* D. de concursu delictorum formali (Marb. 1800. 8.) § 13 — 15. p. 56 — 90. — *Auctoris* Process p. 27—29. — Caeterum non solum a vulgaribus hujus verbi significationibus, (de quibus vid. *Brisson.* h. v. § 1. 2 et *Raevardi* lib. II. c. VIII., cf. et *Gaji* inst. IV. § 94.), verum etiam a praejudicialibus exceptionibus (§ 141. not 3.) sejungendas esse putamus actiones praejudiciales. Nullis enim solidis rationibus subnixa est *Raevardi* sententia, existimantis, omnia omnino praejudicia quae quidem in rem sint, exceptionum figura opponi solita fuisse, atque ita demum in actiones, priore loco tractandas, transiisse. Lib. I. c. 12. sqq. — Cf. L. ult. D. *si ingen. esse dicatur.* (XL, 14.)

7) *Gaji* inst. IV, 44. — *Theophili* Paraphr. ad § 13. de act. — Cf. *Donellus* l. l. ad § 13. nr. 8. — Caeterum in juribus definiendis, quae ex statu oriuntur, praejudicialium actionum prorsus nullam esse rationem habendam, arbitratur *Duroi* l. l. p. 406.: sed. nullis ipse rationibus usus, nisi quod generalior sit praejudicialium actionum vis. — Cf. not. seq.

quibus maxime vertantur personales praestationes, ut in actione de partu agnoscendo [8]. 2) *In personam* actiones sunt, quibus adversarium dare, facere oportere intendimus [9]; eaeque etiam condictiones, licet minus proprie, vocantur [10]. Est tamen primo huic actionum generi alia etiam duplex species proxime adjuncta, et earum, quae *mixtam* quodammodo causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam [11], et earum, quae *in rem scriptae* vocantur [12]. II) Alterum vero, quod quidem in summis existimavimus ponendum, actionum genus, a judiciorum divisione *in certi et incerti* ducitur [13]. Illorum quidem, quae etiam stricti juris nomine veniunt [14], maxime propria fuere haec: et *judicis* datio, et certi petitio judicatioque, ita, ut plane nullus judicis officio locus relinqueretur, quippe qui certis formulae praetoriae terminis inclusus esset; quarum actionum in numero imprimis fuere condictiones, ut quidem proprie appellatae sunt [15]. Contra vero in incerti judiciis *arbiter* datus est, cujus libera esset in causis cognoscendis dijudicandisque, nulliusque formularum vinculis adstricta religio. Atque in his aliae bonae fidei actionum, aliae velut proprio arbitrariarum nomine veniunt [15a]. Et bonae quidem fidei actiones, ut ex aequi bonique ratione proficiscuntur, sic libera potestas judici permittitur, ex bono et aequo aestimandi, quid, quantumve alterum alteri ultro citroque praestare oporteat [16]. Arbitrariae vero actiones, licet haec fere ipsis sit cum stricti juris actionibus similitudo, quod ex una tantum parte adsit obligatio, neque contrarium judicium admittatur, tamen et ipsae pendent ex judicis arbitrio, hoc pacto, ut ex aequo et bono, secundum cujusque rei, de qua agitur, naturam judex aestimet, quemadmodum actori satisfieri oporteat [17].

8) *Gajus* et *Theophil.* ll. ll.—Cf. § 13. I. *de act.* — L. 3. § 2—5. D. *de agnosc. et alend. lib.* (XXV, 3.)

9) *Gaji* inst. Lib. IV. § 1. et 4.—(« nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest »—).—L. 25. pr. in f. D. *h. t.*

10) § 15. I. *de act.* — Vid. infra not. 15.

11) § 20. I. *h. t.*—Cf. L. 7. C. *de her. pet.* (III, 31) —L. 25. § 18. D. *eod.* (V, 3.) — (*Hubner*) Berichtigungen u. Zusätze zu *Hoepfner's* Institutionen p. 120—128. — *de Loehr* Magazin für Phil. u. Gesch. d. Rechts Bd. IV. Nr. 2.—*Fritz* l. l. p. 82 sq. — *Hasse*. l. l. p. 172 sqq. (Cap. VI.)

12) L. 9. § 8. D. *quod met. causa.* (IV, 2.)— L. 14. § 3. *eod.*—L. 1. § 12. D. *si quadr. paup. fec. dic.* (IX, 1.)—L. 3. § 3. et 15. D. *ad exhib.* (X, 4.)—L. 6. § 5. L. 12. D. *de aq. pluv. arc. act.* (XXXIX, 3.)—L. 1. § 13. D. *quod legat.* (XLIII, 3.) —§ 6. I. *de act.*—L. 5. § 13. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.)—c. 18. X. *de rest. spoliat.* (II, 13.)— Cf. *Hubner* l. l. p. 111—113.— *Feuerbach* civilist. Vers. p. 248.—Caeterum non esse certam et velut propriam in rem scriptarum actionum notionem, recte observat *Duroi* l. l. §. 19. p. 110 sqq.

13) De quibus inprimis vid. *Cic.* or. pro Rosc. Com. c. 4. (« Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae.— Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus: ad arbitrium hoc modo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur.») *Seneca* de benef. III,7.—§ 29—31. I. *h. t.*—Cf. *Jo. Matth. Magnus* ration. et different. jur. civ. Lib. I. (in *Meermanni* thes. T. III. p. 263 sqq.).—*E. Gans* üb röm. Obligationenrecht (Heidelb. 1819.) Abh. I. II.—*Auctoris* observ. de jud. str. jur. et arbitr.; in den Heidelb. Jahrb. 1821. p. 47 — 63. 69. 70.—*H. C. Stever* de summario Romanorum judicio, et stricti jur. seu de bonae fid. act. Lips. 1822. 8. — *M. S. Mayer* die Litiscontestatio § 6. p. 73—117.

14) § 28. I. *h. t.* —Vocantur etiam stricti judicii actiones L. 5. § 4. D. *de in lit. jur.* (XII. 3.)—*A. G. Heffter* observ. ad Gaji inst. comment. IV. cap. XIV. —*Zimmern* röm. Procefs § 60.

15) Cf. *Gaji* instit. IV. § 18— 20. § 15. I. *h. t.* et *Theophili* Paraphr. ad § 3. I. de exc.—*Unterholzner* in d. Zeitschr. f. hist. R. W. I. p. 250 — 253. —*H. C. Stever* de serv. praed. c. VI. § 7.—*Gans* l. l. § 3., junct. *Auctoris.* observ. citt. p. 53—55. *Zimmern* l. l. § 61. 62.—Caeteroq. cf. et Tit. Dig. *de condictione ex lege* (XIII. 2.)—§ 24. in f. et § 25. in f. I. *h. t.*—*Westenberg* D. IV. de causs. oblig. c. I. § 3.—*Gluck* Pand. XIII. § 842.— *J. L. Schmidt* Lehrb. von gerichtl. Klagen u. Einr. § 1338. 1339.

15a) [Dissent. *Benfey* (Beitrag zu der Lehre von den arbitrariae actiones; in Rhein. Mus. IV. Nr. IX. § 4. 5. p. 319 sqq.); qui arbitrium Ciceronis h. f. judicium esse et ab arbitraria actione plane differre contendit. — E. G.]

16) § 30. I. *h. t.* — L. 7. D. *de negot. gest.* (III, 3.)—Cf. *Gaji* instit. IV. 61—63.—*Heffter* l. l. c. XV.— *Zimmern* l. l. § 63. et § 63a. — *Burchardi* Wiedereins. in den vor. Stand. § 18. p. 284 sqq.

17) § 31. I. *h. t.* — Videtur tamen *arbitrium* in hisce actionibus condemnationem olim praecessisse, ideoque duplex quodammodo intervenisse sententia § 31. I. *h. t.* et ibi *Theophil.* — L. 18. pr. D. *de dolo malo* (IV, 3.)—L. 4. § 3. D. *fin. regund.* (X, 1.)—Cf. *Keller* über L. C. und Urtheil § 27. p. 213. sqq.—*Benfey* l. l. § 1. sqq —Nec id nobis negotium facessit, quod duplicis hujus judicii causa ac ratio non utique conveniat in omnes omnino arbitrarias

§ 139.

Nunc in reliquarum actionum enumerationem descendamus, quarum tamen aut non necessaria erit, aut minus difficilis explicatio. Et I) a fonte quidem, unde manarunt, duplex est actionum divisio: altera, in *civiles* atque *honorarias* [18]; altera, in *directas* et *utiles* s. *fictitias* [19]), quae ad directarum exemplum et velut imitationem constitutae sunt [20]). II). Item a causa, s. a re, quae in judicium deducitur, duo petenda sunt actionum genera. Primum est, in quo tres insuntspecies hae: una earum, quae *rei persequendae* gratia comparatae sunt; altera earum, quae *poenae persequendae* causa; tertia eas continens, quibus simul et rem et poenam consequimur, quae itidem vocantur *mixtae* [21]). Alterum est genus, in quo actiones speciales et ab iis, quae de universitate propositae sunt, et a generalibus sejunguntur [22]). Praeterea III) ab eo, quod inter actorem et reum, quoad hanc, quae agitur, causam intercedit juris vinculo, similiter actiones dividuntur bifariam. Nam et *contrariae* actiones opponuntur *directis* [23]) et *simplices duplicibus*, quae et ipsae dicuntur *mixtae*, i. e. in quibus unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet [24]). IV) Alia est actionum divisio ab earum formulis in *vulgares* et *non vulgares*, sive *in factum* actiones [25]). Vulgares aut *in jus* conceptae sunt, aut *in factum* [26]); in non vulgarium vero numero et in factum *praetoriae* sunt [27]), et *praescriptis* verbis [28]) actiones, sive *in factum civiles* [29]), *et utiles* [30]). V) A forma judiciorum privatorum solita actiones licebit in ordinarias distribuere et extraordinarias; ita enim vocamus, quae quacunque ratione a juris ordine consueto recedunt [30a]), qualia sunt summaria judicia,

actiones (vid. *a Costa* et *Vinnius* ad § 31. I. *h. t.* —*Bachov* l. l. Disput. VII. P. I. th. III. et P. II.), cum tota haec res ex intima litium apud Romanos tractandarum ratione atque ex formularum secretis petenda sit.—Omnino cf. de arbitrar. act. natura *Gaji* inst. IV. §. 163--165. — *G. J. Ribbentrop* comment. ad L. 16. § 5. D. *de pign.* et L. 9. § 1. D. *de exc. rei jud.* Gott. 1824. § 2. 3. (p. 2—41.).— *Heffter* l. l. cap. XVI.—*Zimmern* l. l. § 67. 68.— Caeterum de usu harum differentiarum hodierno v. *N. H. Gundling* D. de usu practico actionum bonae fidei et stricti jur. (in exercitt. academ. Nr. XV.) c. II. et *v. Weyhe* wissenschaftl. Bearbeit. des allgem. Privatr. § 414. Cf. et infra § 329.

§ 139.

18) L. 25. in f. D. *h. t.* — § 3 — 12. I. *h. t.* — *A. Magnus* l. l. c. 3. — (Cf. not. 26.)

19) *Gaji* inst. IV. § 34 — 38. — *Ulpiani* Fr. Tit. 28. § 12.

20) L. 21. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — L. 47. § 1. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — *Jos. Fern. de Retes* excurs. analect. VI. (in *Ottonis* thes. T. V. p. 1277 sqq.). — *Auctoris* Cession d. Forderungsr. § 15. 16. — *Zimmern* l. l. § 54.

21) *Gaji* inst. IV. § 6 — 9. (cf. ibi *Goeschenii* adnot. ad § 9.).— § 16 — 19. I. *h. t.*

22) L. 1. pr. et § 1. L. 73. D. *de R. V.* VI, 1. (cf. L. 11. C. *de pet. her.* III, 31.). — L. 38. pr. D. *pro soc.* XVII. 2. (Diversa est actionis et specialis et generalis notio, quae invenitur L. 1. § 17. D. *de aq. pluv. arc. act.* XXXIX, 3.) — Cf. *Claproth* ord. Proc. II. § 107. — *Gluck* Pand. Bd. III. § 276.

23) L. 18. § 4. D. *commod.* (XIII. 6.) — L. 17. § 1. *eod.* — L. 8. § 2. D. *de negot. gest.* (III, 5.)— L. 1. § 8. D. *de contr. tut. act.* (XXVII, 4.) — § 2. I. *de poena tem. lit.* — Cf. *Ernesti* clav. Cic. v. *Judicium.* — *Gans* l. l. § 5. p. 107 — 116. — Neque vero cum actionibus hisce contrariis commiscendum est contrarium judicium, quod ad actoris calumniam coercendam in nonnullis causis olim invaluit. *Gaji* inst. IV. § 174 — 181.

24) L. 37. § 1. D. *de O. et A.* (XLIV. 7.) — § 7. I. *de interdictis.* (*Gaji* instit. IV. § 156. — 160.) L. 10. D. *fin. reg.* (X, 1.) — Cf. tamen L. 13. in f. D. *de jud.* (V, 1.) — L. 2. in f. *comm. div.* (X, 3.) — *v. Savigny* das Recht d. Besitzes § 37. p. 433 — 436. (ed. V).

25) L. 1. pr. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — In factum actionis vocabulum hoc quidem loco non, ut plerumque fit a juris nostri auctoribus (§ 1. not. 9.), ad praetorias actiones referri, vix est, quod moneamus. — Vid. *Auctoris* observ. in den Heidelb. Jahrb. l. c. p. 67. — Cf. *Hasse* l. l. p. 38 sqq.

26) *Gaji* inst. IV. § 45 — 47. — *Auctoris* observ. cit. p. 50. 51. — Cession (ed. 2.) p. 147. (not. 250.)

27) L. 7. § 2. D. *de pact.* (II, 14.)

28) *Gaji* inst. IV. § 132. (« Praescriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est. ») — Cf. *Auctoris* obs. cit. p. 71. 72. — *F. L. Keller* über Litiscontestation etc. § 58. — 60. (p. 511 — 529.). — *Zimmern* l. l. § 55.

29) L. 1. § 1. L. 2. L. 5. § 2. D. *de praescr. verb.* Vid. *Keller* l. l. § 33. p. 252 sqq. not. 17.—*Hasse* l. l. p. 42 — 49.

30) L. 29. § 7. L. 53. D. *ad Leg. Aquil.* (IX, 2.) — L. 46. in f. D. *de hered. inst.* (XXVIII. 5.)

30a) Vid. e. g. L. 16. pr. § 2. D. *de min.* (IV, 4.)

ut hodie dicuntur. Quorum quidem in numerum interdicta quoque referri possunt, quae alioquin ordinarii juris sunt [31]). At ex usu loquendi Romanorum proprio *extra ordinem* vocabulum ad judiciorum privatorum ordinem, postea quidem sublatum [32]), plerumque [33]) refertur, scilicet ut extraordinariae actiones, sive cognitiones, sive persecutiones, eae dicantur, quae ab ipsis magistratibus, juris ordine minime servato, i. e. non dato judice, tractari judicarique solerent [34]). VI) A facultate agendi actiones dividuntur in populares et privatas [35]), tum vero VII) a temporum praescriptionibus in *perpetuas* et *temporales* [36]), de quibus suis locis dicentur plura. Denique VIII) praetereundum non est id genus actionum, quas vocant *adjectitiae qualitatis* [37]), ideo, quod actioni institutae nomen adjicitur a causa extrinsecus accedente, eaque tali, quae efficiat, ut et is adversarius, et eo, quo nunc fit, modo conveniri possit [38]).

§ 140. *De actionibus concurrentibus* (*).

Concurrentes hoc quidem loco [1]) duas pluresve vocamus actiones, quae circa eandem causam eandemve rem legibus comparatae sunt. Est vero duplex is actionum concursus: unus, cum circa eandem causam aut uni adversus plures, aut pluribus adversus unum itemque adversus plures reos, competunt actiones [2]); quem vocant subjectivum concursum. Quo quidem in genere, si ex correorum obligatione, ejusque simili, idem debetur, alia actio aliam plerumque consumit [3]); quod contra est, cum aut ex causis plane diversis res eadem peti potest [4]), aut plures homines, quamvis ex eadem debendi causa, singuli tamen ad rei dividuae partes praestandas, tenentur [5]). Alterum est istius concursus genus, quem objectivum vocant, cum eadem est rei persona, contra quam plures eidem

31) *Gaji* inst. IV, § 141. — Vid. infra § 155. not. 8.

32) L. 2. C. *de pedan. jud.* (III, 3.) — *v. Savigny* Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter Bd. I. p. 77. 78. — *v. Löhr* Uebers. d. Constit. von Theodos II. bis Justin. p. 84. — Cf. § 8. I. *de interd.* «— quoties extra ordinem jus dicitur, *qualia sunt hodie omnia judicia.*» —.

33) Nam nec prorsus insolitus erat Romanis formulae loquendi *extra ordinem* usus, ut ita loquar, vulgaris. Vid. v. c. *Gellii* noct. att. XII, 13. — *Suetonii* Tiber. c. 13. — L. 2. § 33. D. *de O. J.* (I, 2.) — L. 13. C. *de rei vind.* (III, 32.)

34) *Ulpiani* Fragm. Tit. XXV. § 12. — Dig. Tit. *de extraord. cognit.* (L, 13.) — Cf. et *Cic.* orat. part. c. 28.

35) Dig. Tit. *de popularib. actionib.* (XLVII, 23.) — Cf. L. 42. pr. et L. 43. § 2. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 30. § 3. D. *de jurejur.* (XII, 2.)

36) Inst. Tit. *de perpetuis et temporalib. actionib.* (et quae ad heredes et in heredes transeunt). — cf. § 481.

37) Propter verba Pauli L. 5. § 1. in f. D. *de exercit. act.* (XIV, 1.) «Hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur.»

38) e. g. de peculio, de in rem verso actio. Cf. *Hübner* l. l. p. 84 — 88. Sensu largiori vocabulo utuntur alii. — *Thibaut* Pand. § 72. in f.

§ 140.

(*) *H. Donelli* comment. jur. civ. lib. XXIII. c. 3. — *Herm. a Vianen* D. de concursu actionum in *Oelrichs* thesaur nov. Diss. in acad. Belg. hab Vol. I. Nr. IV.). — *C. F. Savigny* D. de delictor conc. formali § 4—9. p. 19—46. — *Thibaut* civilist. Abh. Nr. IX. — *Keller* Litiscontestat. V. Abschn p. 411 sqq. et inprimis ibi § 55. p. 479 sqq. — *A. O. Krug* sel. de cond. fort. capita. Lips. 1830. cap. III.

1) Nam nec de plurium actionum in uno libello coacervatione (*a Vianen* c. I. § 8.), nec de plurium hominum adversus eum, qui pluribus ex causis debitor est, concursu (*a Vianen* l. l. § 11. et infra cap. VI.) hic nobis erit dicendum. — Cf. et *Thibaut* p. 153—156.

2) Vid. a) infra doctrinam de correorum obligatione. § 490 sqq. — b) L. 1. §. 9. L. 18. § 2. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — c) L. 9. pr. D. *de transact.* (II, 15.) — L. 5. C. *arbitrium tutelae* (V, 51.) — Vid. et not. seq.

3) a) § 1. I. *de duob. reis stipul. et promitt.* — L. 1. § 4. D. *de eo, per quem fact. erit, quo minus quis in jud. sistat* II, 10. — (Except. vid. in L. 11. § 2. L. 51. in f. D. *ad leg. Aquil.* IX, 2. — L. 55. § 1. *de adm. tut.* XXVI. 7.) — b) L. 3. § 5. L. 6. § 4. D. *nautae, caup., stabul. ut rec. rest.* (IV, 9.) — L. ult. pr. § 1. et 2. C. *de furt.* (VI, 2.) — L. 11. § 8. D. *de exc. rei jud.* (XLIV. 2.)

4) L. 3. § 15. D. *de tab. exhib.* (XLIII, 5.) — Cf. L. 108. § 4. D. *de leg.* 1. — § 6. I. *de leg.* et supra not. 2. nr. b) et c).

5) L. 1. C. *de transact.* (II, 4.) — Arg. L. 1. C. *inter alios acta vel judicata aliis non nocere.* VII, 60.)

actori competunt actiones. Cujus quidem tres sunt species hae : et successivus et cumulativus, et electivus, qui dicuntur. Et successivus est, quoties altera actio alteri, de qua quidem litem instituere maxime propositum est actori, quasi praeludit eique viam munit [6]). Cumulativus est, cum pluribus actionibus aeque principalibus, aut simul, aut deinceps, solidis tamen uti potest actor [7]); electivus vero, cum altera actione aut instituta, aut repudiata, aut a judice rejecta, ad alteram confugere prohibemur. Ac de utraque posteriore specie haec inprimis tenenda sunt praecepta : I) Quoties actionum concurrentium et dissimilis est causa *proxima*, et diversae sunt res, in quibus versantur, quaeque illis petuntur : in solidum plerumque exerceri possunt omnes [8]), nisi ita nter se contrariae sint actiones concurrentes, ut una electa obtentaque jam sua sponte altera perimatur [9]). II) Quodsi eadem est petendi causa, neque vero idem est, quod peti potest, similiter quidem omnibus actionibus experiri permittitur [10]), tamen, quoties utriusque actionis differentia in sola aestimationis diversitate posita est, major actio utique consumit minorem, hac vero prius electa, majore non nisi in id, quod amplius sit in ea, agi potest [11]). Quid? quod rejecta per judicem ipsa petendi causa ad aliam actionem confugiendi minime nobis potestas erit [12]). III) Sin res quidem una atque eadem, dissimilibus tamen ex causis peti potest, tum, siquidem altera actione rem obtinuit actor, jam sua sponte altera peremta est [13]), contra vero, cum is, penes quem est jus agendi, aut voluntate sua ab altera actione discedit, aut causa cadit, tum alteram utique retinebit [14]). Denique IV) cum et eadem agendi causa est, et eadem res, quae petatur, semper alia actio aliam consumit [15]).

6) L. 23. § 5. D. *de R. V.* (VI, 1.)— L. 1. L. 2. L. 3. § 3 —6. D. *ad exhib.* (X. 4.)—L. 16. 18. D. *de exc.* (XLIV, 1.)—c. 3. X. *de ord. cognit.* (II, 10)

7) *a Vianen* e. III.

8) L. 2. § 1. et 4. D. *de privat. del.* (XLVII, 1.) —L. 27. pr. D. *ad Leg. Aquil.*—L. 11. § 2. D. *de servo corr.* (XI, 3.)—L. 60. *de O. et A.* (XLIV, 7.) et L. 130. *de reg. jur.* traditam. — Cf. inprimis *Savigny* § 7. p. 38 sqq.—At cf. *Keller* l. l. p. 483 sqq. — Vide et *Krug* l. l. p. 48. sqq.

9) V. e. L. 7. D. *de lege comm.* (XVIII, 3.)

10) L. 32. D. *de O. et A.*—§ 1. in f. l. *si quadrup. paup. fec.*—L. 7. § 1. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.) — L. 45. 46. D. *pro soc.* (XVII, 2.)—L. 42. D. *loc.* (XIX, 2.)—L. 1. § 22. L. 2. § 1. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.)—(Cf. not. 12.)—L. 54. § 3. D. *de furt.* (XLVII, 2.)—(Except. habet L. 9. § 6. *quod met. causa* (IV, 2.)—et L. 1. § 21. *de tut. et rat. distr.*, quem in loc. vid. *Thibaut* l. l. p. 196—200.)—Nec obstat L. 71. pr. *de furt.* (« Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest, et si furti actum est, commodati actio, exstinguitur, si commodati, actioni furti exceptio objicitur. »)—Vid. enim *Cujacii* obs. XVII, 12. et *Thibaut* p. 168. — Ab ipsa tamen regula manifesto dissentit *Modestinus* L. 55. pr. D. *de O. et A.*—Cf. *Thibaut* p. 167.

11) L. 34. pr. D. *de O. et A.*—L. 88. D. *de furt.* —L. 7. § 1. D. *comm.* (XIII, 6.)—L. 47. pr. D. *pro socio.*—L. 34. in. f. D. *de O. et A.* («—si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis, utraeque— actiones rei persecutionem continent : et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur ; post commodati, an Aquiliae remaneat, in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est, remanere, quia [*quatenus?*] simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.»)—L. 41. § 1. *eod.* (« Si eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat : si tantundem, aut minus, id consequatur.») —Vid. *a Vianen* c. II. § 6.—*Jo. Lud. Conradi* opusc. II. p. 270.—*J. H. Klupfel* im Archiv f. civ. Praxis II. Nr. 23.—Cf. *Savigny* § 6. p. 29. *Thibaut* p. 191 —194. et *Krug* l. l. p. 58 sq. p. 65 sq.

12) *Thibaut* p. 169. 179. et 201.

13) L. 57. D. *de reg. jur.* (« Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.»)— L. 31. § 16. in f. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.)—L. 2. § 1. D. *de tut. et rat.* («Quodsi furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet. *Sed et condictio ex furtiva causa competit: per quam, si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc judicium: quia nihil absit pupillo.*»)—L. 34. § 1. *de O. et A.*—§ 2. init. *eod.*—L. 9. § 1. *de furt.* —In quam sententiam etiam interpretanda sunt L. 71. pr. D. *de furt.* et L. 9. § 1. D. *de trib. act.* (XIV, 4.)—*H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. XXI. c. 3. p. 1190. (ed. Hanov.).

14) L. 18. D. *de O. et A.*—Except. vid. L. 8. pr. C. *de codicill.* (VI, 36.)

15) L. 76. § 8. D. *de leg.* II.— L. 43. § 1. D. *de reg. jur.*

§ 141. *Exceptionum genera praecipua* (*).

Exceptionum duo sunt prima genera, quorum alterum ab earum fine ducitur, alterum a personis aut agentium aut excipientium. I) Atque a fine exceptiones vel *dilatoriae* s. *temporales* sunt, vel *peremptoriae* s. *perpetuae*. Illae differendarum actionum causa opponuntur, ut exceptio procuratoria, pacti de non petendo temporalis, rel.; hae vero ut actio perimatur [1]. Priori generi adnumerari etiam possunt praejudicia, i. e. rei allegationes, quae eo nituntur, quod causam in judicium deductam prius tractando praejudicium fiat causae majori ac graviori [2]; caedemque et species sunt praescriptionum [3], quarum tamen latius etiam patet nomen notioque [4]. II) Alterum est divisionis genus a litigantium personis. Aliae enim dicuntur exceptiones *rei cohaerentes*, sive in rem, aliae *personaecohaerentes*. Et proprie quidem eas in rem appellamus exceptiones, quae et debitoris successoribus fidejussoribusque dantur, et omnibus objici possunt, quicunque ex ea re agunt. Sunt tamen nonnullae in rem quidem ex ejus persona, qui convenitur, in personam autem ex parte actoris; contra vero aliae reorum quidem personis cohaerentes sunt, verumtamen adversus quemcunque agentem usus earum concessus est [5]. Praeterea exceptiones quoque, similiter ut actiones, et *in remscriptae* sunt [6], et *utiles* [7], et *in factum* [8], et cjusmodi, quae *tempore* perimautur [9]. Caeterum nemo prohibetur, pluribus simul uti exceptionibus, quamvis diversae sint, cum latius utique pateant jura ad defendendum data, quam ad agendum [10].

§ 142. *De poena temero litigantium et de plus petitione.*

Pluribus autem modis juris nostri auctores caverunt, ne facilius homines ad litigandum procederent, eo inprimis, quod temeritatem tam agentium, quam

§ 141.

(*) I. IV, 12. *de exceptionib.* — Dig. XLIV, 1. *de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis.* — Cod. VIII, 36. *de exceptionib. seu praescriptionib.* — *Zimmern* röm. Procefs § 91 — 98. — *Gesterding* Ausbeute etc. T. II. Nr. V.

1) *Gaji* inst. IV. § 120 — 125. — § 8 — 10. I. *h. t.* — L. 2. § 4. L. 3. D. *h. t.* [Antiquo jure omnis exceptio, cui ab actore non respondebatur, peremtoria erat. *Gajus* IV. 223. in f. 224. in f. — *Theophil.* in Paraphr. ad § 10. I. de except. — E. G.]

2) L. 16. 18. D. *h. t.* — Tit. C. *de ordine judic.* (III, 8.) et Tit. C. *de ordine cognitionum* (VII, 19.) — L. 54. D. *de judic.* (V, 1.) — L. 21. D. *h. t.* (« Rei majoris pecuniae praejudicium fieri videtur, cum ea quaestio in judicium deducitur, quae vel tota, vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori. ») — Minor igitur causa per exceptionem praejudicialem plerumque differtur. L. 16. 18. D. *h. t.* — Vid. Cod. (III, 8.) *de ordine judiciorum*, et (VII, 19.) *de ordine cognitionum*. — *Savigny* de concursu delictor. formali § 14. p. 71 sqq. — Cf. et L. 12. D. *h. t.* « Generaliter in praejudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit. » Qui quidem locus ad actiones praejudiciales referendus esse videtur. — Vid. *Cujac.* obs. V, 37. et *v. de Water* observ. jur. rom. II, 9. Aliter h. l. interpretatus est *Raevardus* de praejud. Lib. II. c. 2. — Vide et *Schulting* et *Smallenburg* Not. ad Dig. T. VI. p. 620 sq.

3) Quas quidem non forma ac nomine solum, verum etiam re ipsa a dilatoriis exceptionibus sejungi vult *Zimmern* l. l. § 97.; subtilius, ut nobis quidem videtur, quam verius. [Quid? in legibus nostris verba: *exceptiones* et *praescriptiones* promiscue occorrunt. Velut. L. 8. et 12. C. *h. t.* — E. G.]

4) *Gaji* inst. IV. § 132. 133. — Cf. *Heffter* l. l. c. XXIII. et ibi vel maxime in f. — Vid. et *Raevard.* de praejud. Lib. I. c. 7. — *Westenberg* princ. jur. Dig. Tit. de exc. § 43.

5) L. 7. D. *h. t.* — L. 2. § 1. 2. D. *de doli mali exc.* XLIV, 4. — L. 1. § 3. D. *quarum rerum actio non datur* XLIV. 5. (§ 79. not. 3.). — Cf. *Auctoris* Cession p. 563 sqq. (ed. 2.)

6) L. 4. § 33. D. *de d. m. et m. exc.*

7. L. 41. D. *de minor.* (IV, 4.) — L. 21. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.)

8) § 1. I. et L. 23. in f. D. *h. t.* — *Zimmern* l.l. § 94. — *Burchardi* Wiedereinsetzung in den vor. Stand. p. 292 sq.

9) Qua de re plura infra dicentur, eo in loco, qui est de obligationum exstinctione. § 338. § 481. in f.

10) L. 5. 8. D. *h. t.* — L. 43. D. *de reg. jur.* — Vid. *R.J. Pothier* Pand. Justin. od Tit. de exc. Nr. IX. not. k.

eorum, cum quibus ageretur, et jurisjurandi religione, et cautionibus, et pecuniaria poena, et infamiae metu coercerent [1]). Nam 1) in litis exordio et actor juret, se non calumniandi animo litem movisse, et reus, quod non contentionis gratia, sed putans, se justam defendendi causam habere, ad reluctandum pervenerit [2]). 2) Actor etiam caveat reo, se inter duos menses litem contestaturum (§ 144. not. 1.), vel si hoc non fecerit, duplum omnis damni, quod inde eveniat, restituturum [3]), reus vero, se usque ad finem litis in judicio permansurum [4]). 3) Pecuniaria autem poena hoc modo coercetur litigandi temeritas, ut in quibusdam causis adversus infitiantem actio detur in duplum, velut si damni injuriae, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur [5]); in aliis poena constituta sit in eos, qui venia non impetrata adversarios in jus vocaverint [6]); praeterea ut vel pecuniae jacturam faciat, vel causae dilationem patiatur is, qui plus petierit aut re, aut tempore, aut loco, aut causa [7]); denique ut improbus temerariusve litigator damnum et impensas litis inferre adversario cogatur [8]). 4) « Ex quibusdam causis damnati ignominiosi fiunt: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus, pro socio, quae ab utraque parte directa est. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti » [9]).

§ 143. *Litium agendarum ordo ratioque* (*). I. *De iis, quae in litis exordi fiunt* (**). — 1) *Interrogationes in jure.*

Omnium autem litium instituendarum principium est in jus vocatio [1]), quam olim sequebantur et actionum exceptionumque *non vulgarium* impetratio [2]), et

§ 142.

1) Inst. IV, 16. *de poena temere litigantium.* — De jure veteri vid. *Gaji* inst. IV. § 171—182.— *Zimmern* l. l. § 179. 180.

2) L. 2. C. *de jurejur. propt. calumn.* (II, 59.) —Cf. Nov. 4. 9. c. 5. et Nov. 124. c. 1.

3) Nov. 96. c. 1.

4) § 2. I. *de satisdat.*— Cf. § 3—7. *eod.* et *Gaji* instit. IV. § 88 — 102.

5) § 1. I. *h. t.* § 23. 26. I. *de act.* (cf. *Gaji* inst. § 9. et 171.).— Sunt tamen et aliae mendaciorum infitiationisque poenae constitutae, velut L. 11. § 3. 4. D. *de int. in jure fac.* (XI, 1.)—L. 25. pr. D. *de probat.* (XXII, 3.)

6) § 3. in *f.* I. *h. t.*—§ 12. I. *de act.* De eo quod interest inter poenam pl.pet. et poenam temere litigantium cf. *Keller* v. d. L. C. § 56.

7) § 33. I. *de act.*—§ 9. I. *de except.*—Cf. § 24. I. *de act.*—Except. vid. in § 7. I. *de injur.*— et L. 4. § 3. L. 5. § 2. D. *de in lit. jur.* (XII, 3.)—Cf. *Gaji* inst. IV. § 54. 55. — et § 35. I. *de act.*

8) § 1. in *f.* I. *h. t.* — L. 79. D. *de jud.* (V, 1.) — L. 5. C. *de fruct. et lit. exp.* (VII, 51.)—(Quem quidem locum ex Basilicis restituit *Cujacius* XII. obs. 1.) Cf. et *Witte* die leges restitutae p. 204. 205.

9) § 2. I. *h. t.*—Cf. *Gaji* inst. IV. § 182. — L. 1. pr. D. *de his, qui not. inf.* (III, 2.)—Cf. L. 6. § 5. 5. 6. 7. L. 7. D. *eod.*—L. 36. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — (« Cessat ignominia in condictionibus, quamvis ex famosis causis pendeant. ») L. 26. D. *rer. amotar.* (XXV, 2.)— Ratio est, quod condictiones ad rem persequendam datae sunt, neque tamen ex fide bona descendunt.— Cf. *Auctoris* observ. in d. Heidelb. Jahrb. p. 52.

§ 143.

(*) A. *Bethm. Hollweg* gerichtsverfasung und Prozess des sinkenden Röm. Reichs. (Et sub titulo: Handbuch des Civilprozesses. Partis I. Vol. I.) Bonn. 1834. 8.

(**) *Ant. Hen. van Hees* D. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant (in *Fellenberg* jurisprudentia antiqua T. I. Nr. IX.).— *C. F. Gluck* opuscula (Fasc. I.— IV. Erl. 1785 — 1790. 8.) Fasc. II. p. 307. — 400. *Zimmern* röm. Procefs § 111 — 117. § 143 — 145.

1) § 3. I. *de poena temere lit.* Dig. (II, 4.) et Cod. (II, 2.) *de in jus voc.*— Dig. *Si quis in jus vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit* (II, 5.). — *In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent* (II, 6.). — *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat* (II, 7.). — *De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat* (II, 10.). — *Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit* (II, 11.).

2) Mosaic. et Rom. LL. Coll. XII, 7. et ibi *Schulting* not. 49.—*Auctoris* Cession p. 155. (ed. 2.). — Dissent. *Zimmern* l. l. § 118. not. 1.— At nostram sententiam etiam tuentur, quae de actionum impetrationibus, sequiore aetate ab imperatoribus fieri solitis, postremo vero plane sublatis, nota nobis sunt, (cf. supra § 35. not. 3. 4. et L. 2. C. *de formul. sublatis* II, 58.), quae quidem ad simplices actionum aut editiones aut postulationes referri minus conveniens est.

actionis editio [3]), et vadimonium [4]), et actionis atque exceptionum postulatio, scilicet idcirco fieri solita, ut conceptio privatorum judiciorum rite constitueretur [5]). Postca sub imperatoribus etiam litis denuntiationum, certe in plerisque causis celebrandarum, solemnitas invaluit, quae quidem Justiniani temporibus jam exolevisse videtur [6]), qui et ipse simpliciorem litium ordinandarum viam vel instituit, vel certe comprobavit [7]). Atque in eorum numero, quae in litis exordio fieri solebant, inprimis fuere et interrogationes in jure [8]), et litis contestatio, de qua quidem mox dicetur separatim. Interrogationibus autem actor (vel ipsius loco praetor) [9]), cum in personalibus actionibus [9a]), tum vero maxime in hereditatis petitione [10]), eum potissimum in finem utebatur, ut et de adversarii persona, quam conveniret, certus esset, et plus petitionis poenam evitaret [11]). Nascitur vero ex ejus, quocum agitur, responsione, scilicet in ipsis litium curriculis facta [12]), interrogatoria actio, quae est adjectitiae qualitatis (§ 139. nr. VIII). At non solum confitendo, verum etiam et mentiendo et tacendo sese onerat is, qui interrogatus est, scilicet ut locum habeat interrogatoria actio [13]), practereaque in solidum conveniri possunt, qui aut servum aut animal noxium suum esse falso negant [14]). Quemadmodum autem venia dignus est, qui justo errore ductus, aut certe sine dolo malo culpave huic proxima, falsam responsionem dedit [15]), ita etiam adversus interrogatoriam actionem reus poterit exceptionibus, quae contra principalem actionem illi comparatae sunt [16]).

§ 144. 2) *Litis contestatio* (*).

Litis contestatio, quae a testibus provocandis nomen duxit [1]), nihil erat re

3) Dig. (II, 13.) et Cod. (II, 1.) *de edendo.*

4) Quod quidem ab antiqua illa cautione de judicio sisti, quae antequam in jus ventum erat, fieri solebat, diversum fuit. Vid. L. 22. D. *de in jus voc.* — *Gaji* Inst. IV. § 184 sqq. — Cf. et *Meister* Pr. vindex et vas (opusc. I. Nr. VI.) c. I. § 5. et *Heinecci* antiq. jur. Rom. IV. 6. § 20 — 21.; a quo quidem dissentit *Bav. Voorda* D. de vadimonio (in *Fellenberg* jurisprud. antiqua) c. II. § 2 sqq. — Vid. praeterea *F. X. Zenger* über das Vadimonium der Römer. Landsh. 1826. — *F. C. G. Stieber* de bonorum emtione ap. veter. Roman. P. I. (Lips. 1827.) § 12. — *Zimmern* l. l. § 112. 114. 115. 117.

5) Vid. *Cic.* de inv. II, 19. et orat. part. c. 28. — Cf. *Goldschmidt* üb. Lit. Contest. u. Einr. § 2. not. p. 7 sqq. et *Keller* üb. L. C. § 3.

6) Tit. C. Th. *de denuntiatione vel edit. rescripti.* (II, 4.) — Cf. *Glück* l. l. p. 356 — 365. et *Auctoris* Cession p. 65. — 71. (ed. 2.) — *Hollweg* l. l. § 21.

7) Nov. 53. c. 3. et Nov. 112. c. 2. — *Zimmern* l. l. § 145. — *Hollweg* l. l. p. 253.

8) Dig. (XI, 1.) *de interrogationib. in jure faciend. et interrogatoriis actionib.* — *A. Bethm. Hollweg* Versuche üb. den Civilprocefs (Berl. 1827.) p. 276—283. — *Zimmern* l. l. § 125.

9) L. 9. § 1. et L. 11. § 9. D. *h. t.* — *Glück* Pand. XI. p. 276 sqq.

9a) In omnibus actionibus actor vel praetor interrogationibus usi esse videntur.

10) L. 1. pr. L. 7. 8. 10. *h. t.* — L. 2. et 6. *eod.* — Cf. L. 11. C. *de hered. pet.* (III, 31.) — L. 73. D. *de R. V.* (VI, 1.) — *Hollweg* l. l. p. 277. et *Zimmern* l. l.

11) L. 1. pr. et L. 2. *h. t.*

12) De interrogationibus responsionibusque extra litem factis plerique interpretantur L. 1. § 1. *h. t.* « Interrogatoriis actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur, ante judicium de jure suo respondere. » — Cf. *Glück* Pand. l. c. p. 255. — Vid. tamen *Hollweg* l. l. p. 288. ibiq. not. 87. et *Zimmern* l. l. not. 12. [*Auctor*, qui antea opinionem vulgarem secutus erat, hodie cum *Hollweg* et *Zimmern* locum ad omnes interrogationes referendum, eumque in Digestis receptum esse putat, quia poenae mentientium novissimo jure conservatae sunt. Quae opinio eo magis verisimilis est, quod toto titulo nullius jurisconsulti Callistrato antiquioris locus invenitur. Quamobrem necesse non est sequamur *Hollweg* dicentem locum hunc interpolatum esse. — E. G.]

13) L. 4. pr. et L. 5. L. 11. § 1 — 4. D. *h. t.* — Cf. et L. 20. § 1. et 2. D. *h. t.* — *Hollweg* l. l. p. 282.

14) L. 1. § 15. D. *si quadrup. paup. fec.* (IX, 1.) — L. 17. D. *h. t.*

15) L. 11. § 8. 10. 11. D. *h. t.*

16) L. 12. § 1. *h. t.*

§ 144.

(*) *C. G. de Winckler* Diatr. Discrimen inter litis contestationem jure veteri ac hodierno et utriusque effectus (in opusc. min. a filio edit. Vol. I. — Dresd. et Lips. 1792. 8. — p. 205 sqq.). — *C. L. Goldschmidt* üb. Litiscontestation u. Einreden. Frkf a. M. 1812. 8. — Inprimis autem: *F. L. Keller* üb. Litiscontestation u. Urtheil nach classischem Röm. Recht. Zürich 1827. 8. [— De antiqua L. contestationis forma cf. *M. S. Mayer* die Litis contestatio geschichtlich dargestellt. Stuttg. 1830. 8. (Cf. *Rudorff* in Zeitschr. für gesch. R. W. VII. p. 251 sqq.) — *Aug. Henr. Aemil. Danz* de litis contestatione quae fuit tempore legis actionum. Jenae. 1831. 8.) — E. G.]

1) *Festus v. contestari*, apud *Gothofred.* auctt.

vera, nisi litis ipsiusque judicii constitutio [2]; eaque in jure olim fiebat [3]), postea vero, sublato judiciorum privatorum ordine, per narrationem judici propositam et contradictionem a parte rei objectam fieri solita est [4]), cui etiam ex Justiniani constitutione accedat necesse est, ut reus libello subscripserit et post hanc subscriptionem viginti dierum spatium transierit [5]). Enimvero quod vim attinet litis contestationis atque jus ex ipsa oriundum [6]), veteris juris ratio servata est, hoc pacto, ut quasi inter se contraxisse viderentur litigantes [7]), nec ante judicium acceptum, i. e. litem contestatam, res esse in judicium deducta existimaretur [8]). Efficitur autem litis contestatione obligationis novatio [9]), quae quidem veterem actionem tollit [10]), caeteroquin meliorem efficit actoris causam [11]). Cujus vel maxime ea est vis, quod perpetuantur actiones, quae alioquin vel tempore, ve morte periturae sunt [12]), tum vero tamquam ex mala fide, aut certe propter culpam possessores obligantur [13]); quocum proxime cohaeret, quod omnino post litem contestatam causa praestanda est [14]), tum vero rei in judicium deductae nonnumquam ex litis contestatae tempore aestimatio fit [15]). Praeterea lite contestata et procuratores in locum dominorum velut succedunt [16]), et jus eligendi exstinguitur [17]), et noxales actiones confirmantur [18]), et is, qui rei defensioni sine causa sese obtulit, cum non possideret, quasi possideat condemnandus est [19]). Ac praeter novandi causam alia etiam litis contestationi insunt. Nam (ut reliqua taceamus [20]) 1) legibus prohibitum est, ne rei litigiosae, omninoque actionis post L. C. alienatio fiat [21]); 2) exceptiones, quas quidem cognitas habet reus,

lat. ling. p. 272. « Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote. » — *Keller* § 1. — Caeterum de vocabulorum *litem contestari* et *judicium accipere* usu Vid. *Winckler* Sect. I. § 2. — *Keller* § 6. — *Zimmern* röm. Procefs p. 360.

2) *Cic.* or. pro Rosc.Com. c. 11. — *Keller* p. 7—9. — Vid. et not. seq.

3) *Cic.* orat. part. c. 28. in f. — L. 16. 17. D. *de procur.* (III, 3.) — *Keller* § 3. 4. — Aliorum sententias vid. ibid. § 2.

4) L. un. C. *de lit. contest.* (III, 9.) — *Keller* § 5. — *Zimmern* röm. Procefs § 119. et ib. not. 13.

5) L. 14. § 1. C. *de jud.* (III, 1.) — Nov. 53. c. 3. § 2. — De litis contestationis, qua quidem hodie utimur, forma, vid inprimis. *Goldschmidt* p. 41 sqq. — *Bayer* Vorträge über den gem. ordentl. Civilprozess p. 241 sqq.

6) De quo omnino vid. *Keller* § 7—23. — *Zimmern* l. l. § 120—124. § 146.

7) L. 3. § 11. D. *de pec.* (XV, 1.) « Nam sicut stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi. » — *Winckler* S. II. § 2. (p. 324 sqq.) — *Keller* p. 127 sq. — *Mayer* l. l. p. 27 sqq.

8) L. un. C. *de lit. cont.* — Cf. *Glück* opusc. l. l. p. 376 sqq. — *Zimmern.* l. l. § 146.

9) L. 11. § 1. L. 29. D. *de novat.* (XLVI, 2.) — L. 23. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

10) *Gaji* inst. III. § 180. 181. (cf. ib. IV. § 106—108.). — *Keller* § 8. 9. § 11—14. — Cfr. *id.* § 49—72.

11) L. 29. D. *de novat.* (XLVI, 2.) — L. 86. D. *de reg. jur.* et *Winckler* S. II. § 1. — *Keller* § 10. — Vid et infra § 474. not. 7. 8.

12) L. ult. in f. D. *fidejuss. tutor.* (XXVII, 7.) — L. 139. pr. D. *de reg. jur.* — L. 9. § 3. *de jure jur.* (XII, 2.) — L. 58. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 13. pr. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — L. 164. D. *de reg. jur* — L. un. C. *ex delict. defunctor. in quantum heredes conveniantur.* (IV, 17.) — *Keller* § 15. 20., et, quod quidem attinet ad praescriptionis interruptionem, *Zimmern* l. l. § 121. not. 2. [Ante Justinianum usucapio litis contestatione non interrumpebatur. *Keller* p. 131 not. 3. — Cf. *Linde* in Zeitschr. für Civilr. u. Prozess. T. II p. 183 sqq. (§. 8.) — E. G.)

13) L. 25. § 7. D. *de hered. petit.* (V, 3.) — L. 45. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — (cf. supra § 78. not. 5. in f.).

14) L. 20. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — L. 31. pr. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 2. L. 3. § 1. L. 10. D. *de usur.* (XXII, 1.) — L. 91. § 7. *de leg.* I. — *Keller* § 21. — *Zimmern* § 122.

15) L. 4. D. *de cond. trit.* (XIII, 3.) — L. 3. § 2. D. *commod.* (XIII, 6.) — L. 37. D. *mandati* (XVII, 1.) — L. 37. pr. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 34. pr. D. *de min.* (IV, 4.) — *Winckler* S. II. § 7. — Vide infra § 365. Nr. III.

16) L. 11. pr. D. *de doli mali exc.* (XLIV, 4.) — L. 11. C. *de proc.* (II, 13.) — L. 1. C. *de sent. et interloc.* (VII, 45.) — *J. H. Boehmer.* D. de dominio litis (Exerc. ad Pand. T. II. Nr. XXXII.) — *Auctoris* Cession § 6. 7. p. 42—62. (ed. 2.). — Similia leguntur ap. *Hollweg.* Vers. üb Theor. d. Civilproc. p. 153 sqq.

17) L. 33. in f. D. *de leg.* I. — L. 1. D. *de penu leg.* (XXXIII, 9.) — L. 57. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 9. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — *Winckler.* S. II. § 9.

18) L. 1. § 13. et 16. D. *si quadrup. paup. fec.* (IX, 1.)

19) L. 25. D. *de R. V.* (VI, 1.)

20) Vid. v. c. § 4, I. *de fidejussorib.* — *Zimmern* l. l. § 121. nr. 2. Cf. *Keller* § 22. et infra not. 28.

21) L. 13. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — L. 1. § 1. D. *de litig.* (XLIV, 6.) — L. 1. in f. C. *comm. div.* (III, 37.) — L. 2. 3. et 4. C. *de litig.* (VIII, 37.) — Cf. *Auctoris* Cession § 20. et 51.

plerumque ante litem contestatam in medium proferre necesse habet [22]. — Sunt tamen ex iis, quae quondam litis contestationi tribui solebant, alia ad editae actionis, seu motae controversiae tempus translata, velut temporalium actionum in perpetuas commutatio [23]; alia ad id tempus, quo primum reus de lite mota certior per judicem factus est [24]; ut temporalis praescriptionis interruptio [25], ut possessorum tamquam ex mala fide obligatio [26], ut prohibitio illa, ne rei litigiosae possessio dominiumve ad alios tranferatur [27], ut judicum per alios exclusio, quam quidem praeventionem vocant [28].

§ 145. II. *De probationibus* (*). 1) *Loci constitutio.*

Probationem, quod quidem vocabulum latissime patet [1], hic interpretamur omnem actum, quo efficiatur, ut judici fides fiat de eorum, quae a litigantibus juris sui aut persequendi aut defendendi causa proposita sunt, veritate. Jam itaque totus de probationibus locus quatuor hisce partibus absolvitur. Prima est de probationum causis, altera de personis, quibus probandi necessitas incumbat, tertia de probationum subsidiis et velut adminiculis, postrema de modo ac ratione, quibus et fiat probatio, et probabilitatis gradus ac velut pretium aestimetur. Atque haec posterior pars, cum tota pertineat ad judicialem rationem, ei disciplinae relinquenda erit, quae est de formula rei judiciariae. De reliquis autem, quarum quidem usus in omni fere juris disciplina conspicuus est, breviter ac summatim nunc dicetur.

§ 146. 2) *De probationum causis, deque iis, quae non egeant probatione.*

Si qua res facti, eaque talis, unde judicandi ratio, aut tota aut aliqua ex parte pendeat, dubia est atque obscura, probationes fient necessariae. Quemadmo-

22) L. 4. 8. 12. 13. C. *de except.* (VIII, 36.) — L. 2. C. *sentent. rescindi non posse.* (VII, 50.) — Rec. Imp. noviss. § 37. 38. — Cf. c. 4. X. *de except.* (II, 25.)

23) L. 2. et 3. *de annali exc.* (VII, 40.) — Caeterum idem etiam effici, omninoque perpetuari actio poterat per libellum principi oblatum. T. T. C. *quando libell. principi oblatus litiscontest. fac.* I, 20. (cf. et L. 2. in f. C. *de annali exc.*). — Praeterea exceptionem a communis juris regula continet L. 7. D. *de inoff. test.* (V, 2.), neque vero L. 33. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) Vid. *Ant. Augustini* emendat. Lib. I. c. II. — in *Ottonis* thesaur. IV. p. 1437. in f. et sq. — *Glück* Pand. VI. p. 196 sq. not. 97.

24) Quae quidem omnia ad id, quod recentiores litispendentiam vocant, commode posse referri videntur. — Cf. omnino Decretal. (II, 16.) Lib VI. (II, 8.) et Clement. (II, 5.) *ut lite pendente nihil moveteur.* — Alia, quae huc faciunt, in medium protulit *Gesterding* Irrthümer etc. Nr. V. § 1.

25) L. 3. in f. C. *de ann. exc.* (VII, 40.) — L. 3. et 4. C. *de praescr. 30 v. 40 annor.* (VII, 39.) — Cf. L. 26. C. *de R. V.* (III, 32.) — L. 10. C. *de praescr. longi temporis* (VII, 33.) — *Linde* Zeitschr. T. II. p. 174 sq. p. 177 sq. — Passim Dissent. *Unterholzner* Ausführl. Entwickelung der Verj. Lehre. T. I. §. 124.

26) L. 20. § 11. L. 25. § 7. D. *de her. pet.* (V, 3.) — L. 2. C. *de fruct. et lit. exp.* (VII, 51.) — *Winckler* S. II. § 8.

27) Nov. 112. c. 1. — *Auctoris* Cession p. 376. (ed. 2.)

28) L. 7. 30. 34. D. *de jud.* (V, 1.) — Est tamen reo potestas, judicem recusandi, lite nondum contestata. Nov. 53. c. 3. § 2.

§ 145.

(*) Dig. (XXII, 3.) *de probationibus et praesumtionibus.* — Cod. (IV, 19.) *de probationibus.* — *E. C. G. Schneider* vollständige Lehre vom rechtl. Beweise in bürgerl. Rechtssachen. Giess. 1803. 8. — *A. D. Weber* üb. die Verbindl. z. Beweisführung im Civilprocess. Halle 1805. 8. Ed. II. auct. et emendat. curavit *A. G. Heffter.* Halae 1832. 8. — *N. Borst* üb. d. Beweislast im Civilprocess. Bamb. 1816. 8. — J. C. *Gensler* üb. die Begriffe: Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz; Archiv. für civilist. Praxis I. Nr. III. Nr. XXI. u. Nr. XXIV.

1) Cf. *Weber* l. l. l. § 1. 2.

dum igitur juris quaestiones plerumque non egent probationibus [1]), ita nec ea probanda sunt, quorum aut nulla omnino vis est in re dijudicanda [2]), aut absque probationum ambagibus e medio sublata videri potest obscuritas atque dubitatio. Idque his maxime rebus fit: confessione adversarii, notorietate, ut vocant, tum etiam ratiocinationibus conclusionibusque. Atque 1) confessionis [3]) quidem in ea, de qua quaeritur, causa apud judicem [4]) ac legitimo modo [5]) facta ea est vis, ut in vicem cedat probationis [6]), sic tamen, ut, re nondum judicata, contrarii probatio, maxime propter eorum, qui confessi sunt errorem, admittatur [7]), nec jam, ut olim ii, qui in jure confessi essent, pro judicatis habendi sint [8]). Caeterum advocatorum confessiones, praesentibus his, quorum causae aguntur, factae, perinde habendae sunt, ac si ab ipsis litigantibus proferantur, nisi quod triduo proximo revocare eas liceat [9]); quod si absentes sint litium domini, idem illis jus erit tribuendum, hoc pacto, ut ex eo inde tempore triduum computandum sit, quo in notitiam ipsorum, quid actum fuerit, pervenit [10]). 2) Notorium, quod quidem a probandi onere liberet, non id appellamus, de quo quaedam serpit fama ac rumores circumferuntur, verum quod ita evidens est ac publicum, ut totius quodammodo populi testimonio et velut consensu civitatis contineatur [11]). 3) Conclusionibus res, de qua agitur, comprobatur, cum ex iis, quae certa sunt cognitaque, incerta probabiliter colliguntur. Quaecumque igitur ratiocinando inducuntur, cum non plenam rei evidentiam efficiunt, sed intra conjecturae terminos consistunt, praesumtiones dicuntur [12]). Tres autem praesumtionum species distinguendae esse videntur: altera earum, quae non admittunt contrarii probationem, quas quidem *juris et de jure praesumtiones* appellare solent [13]); altera eas complectens, quae instar quidem sunt probationis, contrariis tamen probationibus elidi possunt ac tolli, quibus nomen inditum est *juris praesumtionum* [14]); tertia est, ad quam referuntur praesumtiones

§ 146.

1) c. 44. X. de *appellat.* II. 28. (verb.: « eum frequenter juris quaestio moveatur, cujus apud nos probationes necessariae non existunt »). — De jure singulari intelligenda est L. 3. D. *h. t.* — Vid. *Weber* p. 19. not. 1. — Cf. et supra § 39. in f. et not. 7. 8.

2) *Schneider* § 31. 32.

3) Dig. (XLII, 2.) *de confessis.* — *Weber* l. l. cap. IV. — *Hollweg* Versuche etc. Nr. IV. p. 250. sqq.

4) Quaenam sit confessionis extra judicium factae vis, et quomodo differat ab ea, quae in eadem causa apud judicem fiat, optime exposuit *Hollweg* l. l. p. 302—312. p. 315 sq. Coll. cum *Heffter* ad *Weber* l. l. p. 291—295. — Vid. et not. seq. in f.

5) Arg. L. 6. § 3. 4. 5. D. *de confessis.* (XLII, 2.) — L. 39. C. *de lib. causa.* (VII, 16.) — L. 8. C. *de juris et facti ignor.* (I, 18.) — *Hollweg* l. l. p. 308 sq. — Cf. L. 25. § 4. D. *h. t.* — *Hollweg* l. l. p. 288 — 292.

6) *Hollweg* p. 310 sq.

7) L. 7. C. *de jur. et facti ignor.* — L. 25. § 4. *h. t.* — L. 13. C. *de n. n. p.* (IV, 30.) — Cf. c. 2. *de in int. rest.* in 6. (I, 21.)

8) L. 1. D. *de confess.* — L. 56. D. *de re judicata* (XLII, 1.) — L. un C. *de confessis.* (VII, 59.) — L. 6. pr. et § 1. D. *eod.* — L. 25. § 1. D. *ad leg. Aquil.* (IX, 2.) — *Weber* IV. § 10. p. 77 — 85. — *Hollweg* l. l. p. 260 — 276. — Dissent. *Heffter* ad *Weber* p. 292 sq.

9) L. 1. 3. C. *de errore advocator.* (II, 10.)

10) *Weber* IV. § 11 — 13. — *Hollweg* p. 313. — Dissent. *Lotz.* in Archiv. f. civilist. Praxis Bd. III. Nr. VIII.

11) *Quintil.* Inst. orat. V. c. 3. — c. 3. X. *de testib.* II, 21. (« Si factum est notorium, non eget testium depositionibus declarari: cum talia probationem, vel ordinem judiciorum non requirant. ») — c. 8. X. *de cohabitatione clericor.* III, 2. (« Si crimen eorum ita publicum est, ut merito debeat appellari notorium, nec testis, nec accusator est necessarius. ») — Cf. *Weber* III. § 2. et *Heffter* ibid. p. 248 sqq.

12) *Weber* V. § 1 sqq. et *Heffter* p. 288 sqq. (Nr. 1.)

13) V. c. L. 3. § 11. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) — L. 14. C. *de n. n. p.* (IV, 30.) — Quae quidem praesumtiones, si vis earum spectatur atque potestas, in conjecturarum numero minime habendae sunt (cf. *Weber* V. § 1. in f.); hanc tamen cum veris praesumtionibus habent similitudinem, quod et ipsae ratiocinationibus nituntur, iis videlicet, quibus singularem leges quandam tribuerunt vim, atque ideo a juris fictionibus (§ 83. not. 6.), facile discernuntur. Vid. et not. sq.

14) Velut L. 12. D. *de statu homin.* (I, 5.) — L. 6. D. *de his qui sui vel alieni jur. sunt.* (I, 6.) — L. 2. § 1. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 24. *h. t.* — L. 9. § 4. L. 16. pr. L. 22. L. 23. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) — Cf. *Schneider* § 25—30. — *Weber* § 3 — 11. [Praesumtionem juris et de jure eam, quae

ejusmodi, quas vulgo vocant *hominis*, s. *simplices*, quae, licet per se quidem singulae non conficiant probationem, in gravissimis tamen probandi adminiculis saepe habendae sunt [15]).

§ 147. 3) *Quibus omnino incumbat probandi onus.*

Et in agendo, et in excipiendo suas quisque allegationes necesse habet probare, ut quemadmodum actor de intentione sua, sic is, quocum agitur, de exceptionibus judici fidem faciat [1]). Cujus regulae quis sit usus et in errorum quaestionibus, et in factorum illicitorum, et in iis, quae de negotiis probandis agitari solent, (quae quidem omnia ad totam fere juris disciplinam pertinent,) nunc videbimus. I) Si quis igitur aut scientiam allegat, aut errorem, vel suum, vel alienum, sive facti sit error, sive juris, sive id fiat intentionum sive exceptionum confirmandarum causa, is plerumque probandi officium suscipere tenetur [2]), nisi legum beneficio eo onere levatus sit [3]). II) Item qui de adversarii dolo vel culpa aut agit, aut excipit, judicem de allegationum veritate certum faciat [4]), nisi aut dolus ipsi inesse videtur facto, de quo quaeritur [5]), aut ea inter litigantium personas intercedat juris ratio, quae efficiat, ut ad diligentiam praestandam alter alteri teneatur. Tunc enim, qui diligentiam debet, officio suo non rite defungetur, nisi aut casu mere fortuito damnum accidisse judicem edoceat, aut dolo ipsum carere, talemque se adhibuisse demonstret diligentiam, qualem in eo negotio praestare debuerit [6]). III) Quodsi quis negotium aliquod aut agendo aut excipiendo tuiturus est, tum, ut ea peractorum forma appareat, quam jura legesque desiderant, requiritur; quo quidem facto et reliqua omnia legitime esse gesta et idoneam aut personarum aut rerum esse qualitatem existimandum est [7]).

§ 148. 4) *Subsidia atque adminicula probationum.*

Licet omnia, quaecunque ei inserviant fini, ut rei dubiae veritas eruatur, recte dicantur subsidia sive adminicula probandi, tamen pro nostro consilio

vim probationis non habeat, non nisi lege fieri posse constat. Caeterum vid. § 205 not. 6. — E. G.]

15) Cf. L. 26. D. *h. t.* et *Glück* Pand. Bd. XXI. p. 391 — 396.

§ 147.

1) L. 2. D. *h. t.* («Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.») — L. 23. C. *h. t.* — *Gluck* Pand. Bd. XXI. p. 242—248. — L. 19. D. et L. 19. C. *h. t.* — Cf. *Weber* VI. — *Borst.* § 5 — 29. — *Hollweg* Versuche etc. Nr. V. p. 319 sqq. — *Linde* Zeitschr. f. Civilr. u. Process I. Nr. V. p. 94 sqq.

2) Vid. § 4. I. *de legat.* — L. 21. D. *h. t.* coll. cum L. 19. pr. *cod.* et L. 15. in f. D. *de oper. novi nunc.* (XXXIX, 1.) — L. 6. C. *qui militare poss.* (XII, 34.) — Potest tamen quivis per suum ipsius jusjurandum, errorem esse admissum, probare. c. 4. X. *de except.* (II, 25.) — c. 6. X. *qui accusare matrim. poss.* (IV, 18.) — c. 4. X. *de sent. excommun.* (V, 39.) — c. 8. *de elect.* in 6. — Cf. *Thibaut* Vers. Bd. II. Abh. IV. nr. VI.

3) L. 25. § 1. D. *h. t.* — *v. Loehr* Magazin für R.W. u. Gesetzgeb. Bd. IV. St. I. p. 49—53. — Archiv für civilist. Pr. Bd. II. p. 451.

4) L. 18. § 1. D. *h. t.* — L. 4. C. *de edendo.* (II, 1.)

5) Veiut L. 7. pr. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) («Tutor, qui repertorium non fecit, — dolo fecisse videtur: nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit.») L. 36. in f. D. *de pecul.* (XV, 1.) — Cf. supra § 94. not. 6.

6) L. 11. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) — L. 9. § 4. D. *loc.* — L. 11. D. *h. t.* — L. 1. § 13. D. *de magistr. conveniend.* (XXVII, 8.) — L. 5. C. *de pign. act.* (IV, 24.) — Vid. *Weber* VI. § 21—25. — Cf. *Auctoris* Civilprocess p. 159.

7) a) § 17. I. *de inutil. stipul.* — § ult. I. *de fidejussorib.* — L. 30. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 14. C. *de contr. et comm. stipul.* (VIII, 38.) — L. 11. C. *h. t.* *Auctoris* Cession p. 577. nr. b. (ed. 2.). — b) c. 10. X. *de praesumtionib.* (II, 23.) — c. 3. X. *de succ. ab intest.* (III, 27.) — Caeterum non una est doctorum hominum his de rebus sententia. — Cf. *Weber* § 30—32. — *Borst.* § 60 — 75.

ea tantum commemorasse sufficiet, quae ab ipsis litigantium personis, ut probandi oneri satisfaciant, solent adhiberi; in quibus haec maxime [1]) sunt: testes, instrumenta, jusjurandum. Atque *testes* hoc quidem loco (cf. § 103. not. 9. 10.) intelliguntur, qui in litibus de re dubia testimonium dicant [2]). Sufficiunt autem ad fidem judici faciendam duo plerumque [3]) testes idonei, scilicet rem aliquam factam esse aut non factam uno ore affirmantes [4]). Et idonei non sunt alii, quia ad testimonium dicendum inhabiles sunt, alii, quod fide haud digni censentur, alii propter fidem suspectam [5]). Nec igitur domesticum testimonium admittitur [6]), ac multo etiam minus in re propria testis idoneus intelligitur [7]). Omnino autem testium fidem et personarum cujusque conditionem diligenter examinet judex, qui aut plane non admittet aut cautius adhibebit eorum testimonium, quos suspicione non carere animadvertet [8]). *Instrumenta* sive tabulae [9]), ut hic dicuntur [10]), scripturae sunt, quae probationibus inserviant [11]). Atque a forma [12]) aut publica sunt instrumenta, i. e. quae magistratuum tabellionumve auctoritate conscribuntur [13]), aut quasi publica [14]), aut privata, in quibus etiam epistolae sunt [15]). Praeterea instrumenta ab eorum argumento variis nominibus distinguuntur, ut syngraphae, ut chirographae [16]), ut apochae, ut antapochae [17]), ut rationum codices [18]). Quemadmodum autem fides habenda non est instrumentis, quae indiscrete loquuntur [19]), sic etiam domestica instrumenta, i. e. privatae adnotationes, nisi aliis adjuventur adminiculis, ad probationem non sufficiunt [20]). *Jusjurandum* vero, quod litis causa exigitur, non ante commode tractari potest, quam de toto genere quaedam praeceperimus.

§ 149. *Singulatim de jurejurando* (*). a) *Ejus notio et species.*

Jusjurandum est affirmatio religiosa [1]) ejusque triplex est summum genus. I) Unum, quod a jurandi velut materia ducitur, duas habet formas: promisso-

§ 148.

1) Cf. *Martin* Lehrb. d. bürgerl. Processes § 134.—*Linde* Civilproc. § 205.—*Auctoris* Civilproc. p. 154 sq.

2) Dig. (XXII, 5.) — et Cod. (IV, 20.) — *de testibus.*

3) L. 12. D. *h. t.* — Nonnunquam etiam probationum causa plures requiruntur testes. V. c. L. 15. § 1. L. 18. C. *h. t.* — Cf. supra § 103. not. 9.

4) De singularib. testib. vid. *Auctoris* Civilprocess p. 177.

5) Cf. inter se hi loci: L. 3. § 5. D. *h. t.* —L. 6. 12. C. *eod.* L. 20. D. *eod.* — L. 15. 20. 21. pr. D. *h. t.* L. 2. D. *de senator.* (I, 9.) — L. 17. C. *h. t.* — *Auctoris* Civilproc. p. 174 sq.

6) L. 3. C. *h. t.* — L. 6. D. *de eod.* («Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant.») L. 6. C. *eod.*

7) L. 10. D. et L. 10. C. *h. t.*

8) L. 3. pr. § 1 — 3. L. 13. D. *h. t.* — Cf. *Spangenberg* im Archiv f. civilist. Pr. VI. nr. XI.

9) Vid. *Brisson.* de V. S. voce *tabula* § 1. 2.

10) Nam generalior etiam est hujus vocabuli notio; de qua vid. *Quinctil.* inst. orat. V. c. 9. — Cf. *Gensler* l. c. p. 55 sqq.

11) Dig. (XXII, 4.) — et Cod. (IV, 21.) — *de fide instrumentorum.*

12) Vid. supra § 103. not. 11.

13) Nov. 73. c. 5. — Nov. 47. Nov. 73. c. 7.

14) Arg. L. 11. C. *qui pot. in pign.* (VIII, 18.)

15) L. 26. § 2. D. *depos.* (XVI, 3.)—L. 34. L. ult. D. *mandati* (XVII, 1.) — L. 29. pr. D. *de probat.*

16) Vid. *Asconius* in Cic. or. I. contra Verrem. L. 47. § 1. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 41. § 2. D. *de usur.* (XXII, 1.)—*de Savigny* üb. d. Litteralcontr. der Römer p. 0.

17) L. 19. C. *de fide instr.*—*Brisson.* v. *apocha* § 2.

18) Cf. L. 4. C. *h. t.* et supra § 133.

19) L. 23. § 4. D. *de probat.* c. 14. X. *de fide instrum.* (II, 22.) — *Gluck* Pand. Bd. XXI. p. 383. 384. p. 386. 390.

20 L. 5. 6. 7. L. *de probat.*

§ 149.

*) Dig. (XII, 2.) — *de jurejurando, sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.* Cod. (IV, 1.) — *de* (rebus creditis et) *jurejurando.* — Decreti pars secunda, Causa XX. Decretal. (II, 24.) — Libr. VI. (II, 11.) — et Clem. (II, 9.) — *de jurejurando.* — *Sam. Stryk* de cautelis juramentorum in foro observandis (opp. praestantiora Vol. III.) p. 415 sqq. — *J. F. de Malblanc* doctrina de jurejurando. Norimb. 1781. 8. ed. II. Tub. 1820. 8.

1) *Cic.* off. (III, 29.) — De variis variorum jurisjurandi definitionibus cf. *Malblanc* l. l. § 6. et not. *, et *Gluck* Pand. Vol. XII. p. 182 sqq.

rium et assertorium. Illo jurans se servaturum promissa affirmat; hoc vero, factum esse aliquid, vel non factum asserit. Atque assertorii jurisjurandi species sunt tres: aut enim de veritate juratur, aut de ignorantia, aut de credulitate, ut ajunt [2]). II) Alterum divisionis genus, quod quidem ad causam jurandi refertur, item habet species duas: nam aut litis causa juratur, aut extra litem, idque aut in causa privata, aut in publica [3]), aut in ea, quae instar est publicae, quale est jusjurandum a tutoribus curatoribusve praestandum [4]). At quod litis causa juratur jusjurandum, vel transigit controversiam eamque finit, de quo quidem infra (§ 152.) breviter dicetur, vel non nisi adjutorium est causis in judicio tractandis, velut illud, quod testimonii causa juratur [5]), tum etiam calumniae juramentum [6]). III) Tertium est jurisjurandi genus a jurandi auctore dictum, in quo delatum jusjurandum, quod quidem speciem continet transactionis [7]), ei opponitur, quod aut a superiore, aut a judice exactum est, ut homagium, ut jusjurandum judiciale necessarium [8]).

§ 150. b) *Jurisjurandi conditiones necessariae.*

In quovis jurejurando tria appareant necesse est: veritas, judicium, justitia. « Si ista defuerint, nequaquam erit juramentum, sed perjurium » [1]). Et veritas quidem ad mentem jurantis refertur, scilicet ut serio animo juret, ac pro vero habeat id, quod jurejurando asserat [2]); judicium vero ad jurantis personam, hoc pacto, ut jurans et intelligentiam habeat ejus rei, quae geritur [3]), nec libero animi judicio careat [4]). Justitiae denique conditio ad ipsam jurandi causam pertinet, tum ad rem, de qua juratur, quae quidem et in privatorum commercio sit oporteat, et in jurantis arbitrio posita, nec in earum sit numero, de quibus jurare non est permissum [5]). Praeterea in jurando is modus, eaque forma servetur necesse est, quam leges aut comprobarunt aut praescripserunt [6]). Caeterum quod ad personas attinet jurantium, haec etiam sunt animadvertenda: eum, ut perjurus non amplius admittatur ad jurandum [7]), tum ut per procuratorem plerumque nequeat jurari [8]).

2) Cf. *Glück* l. l. § 797. p. 231 sqq. — *Auctoris* Civilproc. p. 193.

3) L. 14. pr. C. *de jud.* (III, 1.) — L. 2. § 3. D. *de his qui not. infamia.* (III, 2.) — L. 13. § 3. D. *de re milit.* (XLIX, 16.) — Cf. *Malblanc* § 32. et 104.

4) Nov. 72. c. 8.

5) L. 9. pr. C. *de testib.* (IV, 20.)

6) § 1. I. *de poena temere litigant.* Tit. Cod. *de jurejur. propt. calumn. dando* (II, 59.)—Nov. 49. c. 3. Nov. 124. c. 1. — Decret. (II, 7.) et Lib. VI. (II, 4.) *de juramento calumniae.* — Rec. imp. noviss. § 45. — De aliis quibusdam juramentis in adjutoriorum numerum falso relatis, vid. *Malblanc* § 47 sqq.

7) L. 2. D. *h. t.*

8) Cf. a) *Malblanc* § 31—33.—b) infra § 152. et 151. not. 1.

§ 150.

1) c. 2. C. XXII, qu. 2.

2) c. 9. C. XXII, qu. 5. — Cf. *Glück* l. l. § 792. p. 204.

3) Cf. L. 26. pr. in f.—L. 32. L. 34. § 2. D. *h. t.*— c. 14. 15. 16. C. XXII, qu. 3.— *Malblanc* § 9. et 42.

4) c. 2. X. *de his, quae vi metusve causa fiunt.* (I, 40.) c. 28. X. *h. t.* («servari debent juramenta, si sine vi et dolo sponte praestita sint.»)— c. 2. *de pact.* in VI. (I, 18.)—Cf. § seq. not. 4.

5) Cf. hac de re L. 34. pr. D. *h. t.* — L. 13 § 2. *eod.* — L. 6. § 4. D. *de his, qui not. infam.* — L. 5. § 8. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — L. ult. C. *de prob.* (IV, 19.) — c. 2. § 18. 19. 23. 24. 27. X. *h. t.* — Cf. c. 2. X. *de probat.* (II, 19.) — *Malblanc* § 43 — 46. — *Glück* l. l. p. 263 — 273.

6) L. 5. pr. D. *h. t.*—L. 13 § 6. L. 33. *eod.*—L. 5. § 3. *eod.*—Jurisjurandi formula, quam habet c. 4. X. *h. t.*, his verbis fuit: «Sic me deus adjuvet et haec sancta evangelia.»—Cf. *Malblanc.* § 7. 23. 26. 28. 29. 68. 114. —*Weber* von der naturl. Verbindl. § 118.—*Gluck* l. l. § 195. sqq. — *Günther.* princ. jur. rom. noviss. § 251. not. ab.—De formula juramentorum a Judaeis praestandorum vid. C. G. O. de 1555. P. I. Tit. 86.—Cf. *O. G. Tyhsen* uber die zweckmässigste Verbesserung des Judeneides (in *C. C. F. v. Nettelbladt* Archiv für d. Rechtsgelahrtheit in den Mecklenb. Landen Vol. I. Rost. 1803. p. 272 sqq.).

7) c. 14. C. XXII, qu. 5.

8) Excepl. vid. L. 9. § 6. D. *h. t.*—L. 42. § 2. *eod.* —L. 13. § 3. D. *de damno infecto.* (XXXIX, 2.)—c. 7. pr. X. *de juram. calumn.*—c. 3. *eod.* in 6. — L. 97. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) — Cf. *Malblanc* § 95.

§ 151. c) *Jurisjurandi vis.*

Jurisjurandi assertorii vis est, ut pro vero habeatur id, de quo juratum est [1], promissorii vero, ut jurijurando standum sit, sic tamen, ut plerumque jurisjurandi religio non per se ac sua vi efficiat jura et obligationes, sed ex ejus negotii, cui confirmandi causa accedit, indole aestimetur. Quemadmodum igitur conditiones, quae aut per se negotiis insunt, aut ipsis adjiciuntur, ad jurisjurandi quoque obligationem referri oportet [2], ita fere non valent negotia ideo, quod juramento confirmata sunt, nisi quatenus per se et sua natura valere possunt [3]. Quam quidem in rem jam Romano jure quaedam proponuntur exceptiones [4], quibus etiam plures pontificio jure superadditae sunt [5]. Atque ejus quidem jurisjurandi, quod extra litem in causa privata defertur, haec est vis, ut et actionem pariat, tamquam ex nova obligationis causa oriundam, et exceptionem, ei scilicet comparatas, qui aut juravit, aut cui remissum est jusjurandum [6]. Est praeterea aliud, quod differat inter tale jusjurandum, atquę illud, quod in judicio defertur adversario. Is etenim, cui litis causa jusjurandum delatum est, necesse habet, aut jurare, aut deferenti referre juramentum, aut causa cedere adversario [7]; contra vero, cum extra litem jusjurandum defertur, si neque juratum est, neque remissum jusjurandum, pro eo habetur, ac si res in jusjurandum admissa non esset [8].

§ 152. d) *Jurisjurandi, quod litis decisorium vocatur, formae.*

Litis decisorium vocant jusjurandum, quod transigendae finiendaeque controversiae causa exigitur, juraturque, sive de ipsa principali causa, sive de incidente quadam quaestione, sive de litis aestimatione controversia agatur. Est autem triplex hujus jurisjurandi forma. Prima est *delati* jurisjurandi [1],

§ 151.

1) L. 21. 22. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)—(«Quodsi, deferente me, juraveris et absolutus sis, postea perjurium fuerit adprobatum: Labeo ait, de dolo actionem in eam dandam, Pomponius autem, per jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus—probat: stari enim religioni debet.—Nam sufficit perjurii poena.»—De qua quidem poena vid. L. 13. § 6. D. *h. t.*—L. 2. C. *eod.* — L. 41. C. *de transact.* (II, 4.)—L. 15. C. *de test.* (IV, 20.)—*Malblanc* § 97—99.—*Gluck* l. c. p. 247. not. 31.—L. 28. § 10. *h. t.* —L. 56. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 1. pr. D. *quar. rer. act. non datur* (XLIV, 5.) —L. 1. C. *h. t.* — Cf. L. 31. D. *h. t.* — L. ult. C. *h. t.* — Cf. *Malblanc* § 65. 66.—*Gluck* p. 250 sqq.

2) L. 16. D. *qui satisd. cog.* (II, 8.) — c. 20. 15. 35. *h. t.* — c. 2. X. *de sponsalib.* (IV, 1.) — *Weber* v. d. nat. Verb. § 119 — 123.

3) L. 7. § 16. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 5. § 1. C. *de legibus* (I, 14.) — Nov. 51. pr.

4) L. 7. D. *de oper. libert.* (XXXVIII, 1.) — L. 1. C. *si adv. vendit.* (II, 28.) et Auth. Frid. *sacram. puberum, eod.*

5) c. 8. X. *h. t.*—c. 28. X. *eod.*—c. 2. *eod.* in 6. —c. 2. *de pact.* in 6. (I, 18.)—Num ratio hisce pontificum decretis addita: «cum (juramentum) non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum», in rationum decidendi (§ 45. not. 3. § 61. not. 3. § 66. nr. 2.) numero habenda, ideoque aliis quoque causis adhibenda sit, nec ne? maxima in controversia versatur. Priorem illam sententiam post alios etiam tuetur *Thibaut* Theorie der log. Ausleg. § 16. p. 61 sq. (ed. 2.), posteriorem *Weber* l. l. § 120 — 123, quocum inprimis faciunt c. 6. 15. 29. X. *h. t.*—c. 6. X. *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.* — Cf. et *Malblanc* l. l. § 118. 119.

6) L. 9. § 1. D. *h. t.* —L. 28. § 10. *eod.*—L. 1. C. *h. t.* —L. 5. § 2. L. 9. § 3. L. 26. § 2. D. *h. t.*—L. 17. D. L. 27. L. 28. § 8. L. 40. D. *h. t.*—L. 26. § 1. L. 28. § 1. *eod.* — L. 1. § 3. D. *quarum rer. actio non datur* XLIV, 5. (§ 79. not. 5.). — L. 6. D. *h. t.*—*Zimmern* röm. Proc. § 127. nr. 3. et 4. — De hujus doctrinae usu hodierno vid. *Gluck* l. l. § 798 *b.*

7) L. 34. § 6. 7. L. 38. D. *h. t.*—L. 9. C. *h. t.*—Cf. L. 34. § 9. D. *eod.* — *Zimmern* l. l. nr. 2.

8) L. 5. § 4. D. *h. t.* — Vid. et L. 17. pr. *eod.*— Cf. *G. L. Boehmer* exerc. de auctoritate judicis circa jusjurandum in judicio delatum et relatum (elect. jur. civ. T. II. Nr. XIV.) § 4. — *Malblanc* § 37. — *Gluck* p. 236 — 238.

§ 152.

1) L. 34. § 6 — 9. D. *de jurejur.* (XII, 2.) — L. 12. C. *eod.* (IV, 1.)— Vid. *Keller* über Lit. Contest. p. 50. not. 19. et 22, et *Zimmern* röm. Process § 127. nr. 2. et § 150.—Cf. L. 3. pr. D. *h. t.* —Except. vid. § 147. not. 2. in f.

quod quidem plerique *voluntarium* vocant [2]). De cujus natura jam ante vidimus, generatim disserentes de jurisjurandi vi et potestate [3]). Altera est forma *necessarii* jurisjurandi, ut quidem a plerisque dicitur, idque judex exigit ad imperfectam probationem vel confirmandam, vel infirmandam [4]); vocant illud *suppletorium*, hoc vero *purgatorium* jusjurandum. Tertia est *jurisjurandi in litem*, quo damnum dolo vel lata culpa adversarii illatum jurans aestimat [5]). De quo quidem accuratius eo in loco dicemus, quo de damnis eorumque resarciendorum ratione quaeritur.

§ 153. III. *De sententia et re judicata* (*).

Judicis sententia [1]), quae neque contra jus aperte scriptum lata est, nec juris formam necessariam offendit, nec provocatione suspenditur [2]), rei judicatae auctoritate nititur, i. e. pro veritate habetur [3]); sic tamen, ut res inter alios acta ac judicata, aliis neque prodesse neque nocere soleat [4]). Nascitur vero ex re judicata et actio, adversus eum competens, qui rite condemnatus est [5]), et exceptio, quae non solum reo impertitur, quem sententia sua judex absolvit, verum etiam ei, qui actione vicit, ac postea ab adversario ex eadem causa convenitur [6]). Obstat igitur rei judicatae exceptio, quoties *inter easdem personas eadem quaestio* revocatur [7]). Atque eaedem esse personae non ipsi modo intelliguntur, inter quos judicium actum est, eorumve heredes, itemque litium domini [8]), verum et singulares successores [9]), quin etiam extranei, tum quidem, cum vel tacite liti consenserunt [9a]), vel reapse ac sua ipsius natura res in judi-

2) At de nomine non utique inter se consentiunt JCti. [Nonnullis necessarium est omne jusjurandum delatum judiciale, cui opponunt voluntarium e. ii. jusj. extra litem delatum.—E. G.]—Vid. v. c. *Westenberg* princip. jur. Dig. XII. Tit. 2. § 21. 38. et 40.

3) Vid. § 151. not. 1. et 7.

4) L. 31. D. *de jurejur.*—L. 3. C. *eod*—Cf. *Malblane* doctrina de jurejur. § 70 sqq. et § 109 sqq.

5) Dig (XII, 3.) et Cod. (V, 53.) *de in litem jurando.*

§ 153.

(*) Dig. (XLII, 1.) *de re judicata et de effectu sententiarum* (XLIV, 2.), *de except. rei judicatae.*—Cod. (VII, 55.) *de sententiis et interlocutionibus* (VII, 52.), *de re judicata* (VII, 53.), *de exsecutione rei judicatae.*—*Fr. Duareni* Praelect ad Tit. D. de re jud. (opp. p. 665—702.).—*Fr. Ramos del Manzano* recitat. ad eund. tit. (thes. *Meerm.* T. VII. p. 115—136.).—*Keller* üb. Litiscontestation und Urtheil Buch II. Abschn. 2.

1) L. 1. D. *h. t.* (XLII, 1.) « Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit: quod vel condemnatione, vel absolutione contingit. »—*Zimmern* röm. Process § 137.—Cf. *Keller* § 27.

2) Tit. Dig. *Quae sententiae sine appell. resc.* (XLIX, 8.)—L. 3. C. *de jurisd. omn. jud.* (III, 13.)—Tit. Cod. *Quando provocare non est necesse* (VII, 64.)—Nov. 23. c. 1.—c. 15. X. *de sent. et re jud.* (II, 27.)—Cf. *Keller.* p. 198. et ibi not. 2.—*Zimmern* § 137. in f.

3) L. 207. D. *de reg. jur.*—L. 56. D. *de re jud.*—L. 12. § 3. D. *de bon. libert.* (XXXVIII, 2.)—L. 25. D. *de statu homin.* (I, 5.)—L. 36. D. *fam. ercisc.* (X, 2.)—L. 29. § 5. D. *mandati.* (XVII, 1.)—L. 7. C. *de jur. et fact. ignor.* (I, 18.)—L. 1. C. *de cond. ind.* (IV, 5.)— Tit. Cod. *sentent. rescindi non posse.* (VII, 50.)—Cf. L. 1. C. *de jur. et facti ignor.*—L. 1. L. 4. C. *si adv. rem jud.* (II, 27.)—Tit. Cod. *si ex fals. instrum. vel testimon. judicatum sit.* (II, 58.)—Vid. Archiv für civilist. Praxis Bd. II. p. 367. 368.

4) L. 63. D *de re jud.*—L. 1. D. *de exc. rei. jud.*— Tit. Cod. *Quibus res judicata non nocet* (VII, 56.) — et *inter alios acta vel judicata aliis non nocere.* (VII, 60.)—L. 16. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)—Except. vid. L. 63. D. *de re jud.*— L. 4. D. *expil. hered.* (XLVII, 19.) et infra not. 8.—*Sam. Stryk* D. de auctoritate rei judicatae contra tertium. Hal. 1707. 4.—Vid. etiam *Auctoris* Cession p. 48—61. (ed. 2.).—*Hollweg* Versuche über Theor. d. Civilprozesses p. 163—165. p. 171—191. p. 207. p. 208—215. p. 225—232.—*Zimmern* röm. Proc. § 161.

5) L. 4. § 3. D. *de re jud.* — *Zimmern* röm. Proc. § 138.—Cf. *Keller* p. 215—220., et, quem ille secutus est, *Ribbentrop* comment. ad L. 16. § 5. *de pign.*—et L. 9. § 1. D. *de exc. rei jud.* not. 39. p. 40.

6) L. 15. L. 10. L. 30. § 1. D. *de exc. rei jud.* — L. 40. § 2. in f. D. *de procur.* (III, 3.) — L. 8. § 2. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 7. § 1. D. *de compens.* (XVI, 2.) — L. 1. § 4. D. *de contrario tut. act.* (XXVII, 4.) — Cf. *Keller* § 28. 29.

7) L. 3. L. 7. § 4. L. 14. pr. L. 27. D. *de exc. rei jud.* — Cf. L. 22. *eod.*

8) Vid. scriptores in fine not. 4. excitati; quib. hoc in loco addend. *Keller* § 39—43. § 44. nr. 2. et 3. (p. 339 sqq.).

9) L. 9. § 2. L. 11. § 3. 9. 10. L. 28. L. 29. § 1. D. *de exc. rei jud.* — *Keller* § 45.

9a) L. 63. D. *de re jud.*

cium deducta penitus consumta est [10]), vel ex singulari jure consumta esse videtur [11]). Eadem autem quaestio est, cum aut rem eandem, quam non expressa causa [12]) ab ejus possessore [13]) vindicavimus, denuo persequimur [14]), aut idem petimus ex eadem petendi causa [15]), quamvis alia experiamur actione [16]). Et *actio* quidem rei judicatae, quae est adjectitiae qualitatis [17]), judicati persequendi causa comparata est, qua post statutum, i. e. quadrimestre tempus [18]), in personalibus causis indultum reis [19]), actor utitur [20]). Quodsi itaque transacto induciarum tempore obtemperatum non est sententiae, tum et centesimas usuras actori inferre tenetur reus [21]), et sententia mandatur exsecutioni. Debet autem judex, quatenus id omnino fieri potest, ejus rei, de qua agitur, etsi de re incerta apud eum actum sit, certam summam in sententia sua constituere [22]); scilicet quo paratior sit atque expeditior via ad exsequendam sententiam [22a]). Est autem in sententiis exsequendis certus ordo servandus, certique sunt executionum modi praefiniti [23]), velut hi: rei, quae restituenda est, a possessore ad victorem translatio [24]), pignorum capio atque distractio [25]), missio in debitoris bona (§ 155. 156., quae quidem omnia longius prosequi hujus non est loci.

§ 154. *De condemnatione in id, quod facere potest debitor.* (*Beneficium competentiae.*) (*).

Sunt, qui in id tantum, quod facere possunt, condemnentur, cui id etiam postea additum est [1]), ut tantum ipsis relinquendum sit bonorum, quantum

10) [a). L. 2. L. 3. pr. D. *de popular. act.* (XLVII, 23.) — L. 45. § 1. in f. D. *de procur.* (III, 3.)—b) L. 4. § 3. et 4. D. *si servit. vendic.* (VIII, 5.) — *Keller* § 48. — c. L. 8. § 16. L. 17. § 1. D. *de inoff. test.* (V, 2.) — L. 3. pr. D. *de pignorib.* (XX, 1.) quibus locis legatariis rem contra heredem judicatam obstare dicitur.— Quod quidem restrictum est L. 50. § 1. D. *de legat.* I. et L. 14. D. *de appellat.* (XLIX, 1.) — Cf. *Keller* § 46. — *Zimmern* Röm. Proc. § 146. not. 7. — *Auct.* comm. *Gluckii* cont. T. XXXV. p. 376. sqq. not. 71.— E. G.]

11) Quod vulgo dicunt: in quaestionibus status rem judicatam jus facere inter omnes, non usquequaque verum est.—Cf. L. 25. D. *de statu homin.* (I, 5.) — L. 1. in f. L. 2. L. 3. pr. D. *de agnosc. v. alend. liber.* (XXV, 3.) — Caeter. vid. *Keller* § 47.

12) L. 11. § 2. L. 14. § 2. D. *de exc. rei jud.*

13) L. 9. pr. L. 17. D. *de exc. rei jud.* — Cf. et L. 18. *eod.* — *Keller* § 36. — Caeter. vid. L. 9. § 1. D. *eod.* — *Ribbentrop* Diss. alleg. § 6. p. 61. sqq. et *Keller* § 71.

14) L. 11. pr. L. 14. § 2. L. 30. pr. D. *de exc. rei jud.* — Vid. tamen L. 11. § 4. 5. L. 14. § 1. L. 21. § 3. L. 25. pr. D. *eod.* — *Keller* § 54. 55. — Cf. caeteroquin. L. 16. § 5. D. *de pignorib.* (XX, 1.) — *Ribbentrop.* l. l. § 4. p. 47 sqq. et *Keller* § 72.

15) L. 12. L. 13. L. 14. pr. L. 27. D. *de exc. rei jud.*

16) L. 5. L. 7. § 4. et 5. D. *de exc. rei jud.* — *Keller* § 33.

17) *Gaji* inst. III. § 180. — *Keller* § 24. 25. — Cf. (*Hübner*) Bericht. u. Zusätze zu Höpfner's Institutionen p. 84—87.

18) L. 2. et 3. C. *de usur. rei jud.* (VII, 54.) — (cf. L. 31. D. *de re jud.* in f. et L. 2. L. 4. § 5. *eod.* — L. 7. *eod.*—L. 29. *eod.*).

19) Vid. enim de in rem actionibus § 2. I. *de offic. jud.*

20) L. 6. § 3. D. *de re jud.* — Cf. L. 4. § 3. *eod.*

21) T. T. Cod. *de usur. rei jud.* (VII, 54.)

22) § 32. I. *de act.* (cf. *Gaji* inst. IV. § 48—52.). — L. 2. L. 4. C. *de sent., quae sine certa quantitate profertur.* (VII, 46.) — *Zimmern* l. l. § 56. 57.

22a) Caeterum vid. *Hasse* jun. in Rhein. Mus. T. VI. p. 25. sq.

23) L. 4. C. *de exsecut. rei jud.* (VII. 53.)

24) L. 68. D. *de R. V.*

25) L. 15. § 2—12. D. *de re jud.* — Tit. Cod. *si in causa judicati pignus captum sit.* (VIII, 23.)

§ 154.

(*) *Fr. Ramos del Manzano.* in append. recit. ad tit. de re jud. (Thesaur. *Meerm.* T. VII. p. 137 sqq.).—*J. B. de Wernher* de beneficio competentiae (adj. select. obs. for. T. II. P. VII. obs. 85. p. 227 sqq.). — *Jo. Aug. Hellfeld* D. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii jure (in opusc. j. civ. priv. Nr. XXV.).—*C. C. Dabelow* ausführl. Entw. d. Lehre v. Conc. der Gläubiger c. 7. p. 159 — 175.

1) L. 16. § 1. D. *de re jud.* «—qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur — — —. *Imo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat.*»

sufficiat, ne plane egeant[2]), ea tamen lege, ut de solido persolvendo, si quandoque ad meliorem fortunam pervenerint, creditoribus caveant[3]). Quo quidem beneficio hae fruuntur personae: 1) parentes [4]); 2) frater [5]); 3) patronus, patrona liberique eorum et parentes [6]); 4) conjuges [7]); 5) socer, siquidem dos aut manente matrimonio ab eo petitur, aut eodem soluto repetitur[8]); 6) socii, qui pro socio conveniuntur, sive universorum bonorum sint socii, sive unius tantum rei, vel causae[9]); 7) milites, qui sub armata militia stipendia meruerunt[10]); 8) donatores, qui ex causa donationis conveniuntur, et quidem hi soli deducto aere alieno[11]); 9) is, qui aut emancipatus est, aut exheredatus, aut paterna hereditate se abstinuit, scilicet ejus aeris alieni nomine, quod, cum esset in patria potestate, contraxit [12]); 10) qui bonis cesserunt, eorum quidem ratione, quae postea adquisiverunt [13]); denique 11) qui ad ejurationis beneficium admittuntur [14]). Caeterum beneficium hocce competentiae, ut a recentioribus vocatur, his potissimum legibus continetur: 1) Solius exceptionis terminis circumscribitur, atque ideo, qui solidum solvit, nihil potest repetere [15]). 2) Personis eorum,quibuscum agitur,cohaeret,imo,interdum etiam certis tantum agentium personis opponi potest [16]). 3) Neque ad similes causas transferri, nec ampliari debet istoc beneficium, cum jure singulari nitatur [17]), unde apparet, nullo jure defendi posse *jus interveniendi*, ut a quibusdam dicitur, i. e. facultas debitoris nomine petendi beneficium competentiae, quam illis tribuere solent, quorum interest, ne egeat debitor [18]). 4) Cessat competentiae beneficium cum ob dolum a debitore in ea re admissum, tum in obligationibus ex delictis oriundis [19]).

2)[Condemnatio in id quod facere potest et beneficium compet. eo differebant, quod illa debitori aliquid remittebatur,hoc vero in exsequenda sententia tantum aliquid deducebatur. Quae autem differentia paullatim evanuit, ita quidem ut condemnatione in id quod facere potest debitor non plane liberaretur. — E. G.] Caeterum hoc quidem beneficium non utique omnibus competere, qui non ultra id, quod facere possunt, condemnantur, pro certo affirmant *Zimmern* röm. Process § 14f, not. 2. et qui ab illo excitantur *Holtius Schroeterusque*; eandemque sententiam, licet rationibus multo etiam minus probabilibus usus, jam pridem tuitus est *Schoemanus* Handb. des Civilr. II. Nr. V. — At contra facit L. 173. pr. D. *de reg. jur.* «In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, *sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.*» Nec negotium nobis facessit *Theophilus* (IV, 6. § 37.), quippe qui de condemnatione tantum loquatur, non de eo, quod in sententia exsequenda deducendum sit. Praeterea his, a quibus dos repetitur, tantum esse relinquendum, ne egeant, manifesto evincitur L. 15. in f. et L. 16. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) («Quia *parentis locum socer obtinet.*» — Cf. L. 30. in f. D. *de re jud.*) — Vid. *Thibaut* civilist. Abhandl. Nr. XVI. p. 346 — 349.

3) L. un. § 7. C. *de rei. ux. act.* (V, 13.) — L. 63. § 4. D. *pro soc.* (XVII, 2.)

4) L. 16. in f. L. 30. in f. D. *de re jud.*

5) L. 63. pr. in f. D. *pro soc.* («hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.»)—Cf. *Thibaut* log. Ausleg. ed. 2. p. 63. 64.

6) L. 17. D. *h. t.*

7) § 37. I. *de act.*—L. 17. in f. L. 20. D. *h. t.*— Cf. *Cujacii* observ. XXIV. obs. 38.

8) L. 21. 22. D. *h. t.* — L. 15. § 2. L. 16. 17. pr. D. *soluto matrim.* (XXIV, 3.)

9) L. 63. pr. D. *pro socio*. Quod Ulpiani praeceptum, quomodo conciliandum sit cum L. 16. D. *h. t.* («Socium autem omnium bonorum accipiendum est»), quae eundem Ulpianum habet auctorem, vid. *Glück* Pand. Bd. XV. p. 427—431. ibiq. citt. scriptores; quibus addend. *Gans* et *Gensler* im Archiv f. civilist. Praxis Bd. II. Nr. 21. 22. 33.

10) L. 6. 18. D. *h. t.*

11) L. 10. § 1. L. 30. L. 41. L. 49. in f. *h. t.*— L. 28. D. *de reg. jur.*

12) L. 2. 4. 5. 6. D. *quod cum eo, qui in al. pot. est negot. gest. esse dic.* (XIV, 5.) — L. 10. et 49. D. *h. t.*—Cf. L. 3. D. *quod cum eo*, etc.—Vid. *Glück* Pand. Bd. XIV. p. 294 — 298.

13) L. 4. 6. D. *de cess. bonor.* — L. 3. C. *de bon. auct. jud. possid.* (VII, 72.) — *Thibautii* disquis. über das Verhältniss u. die Rechte neuer u. alter Gläubiger bei einer abermal. Verarmung des Gemeinschuldners (civ. Abh. nr. XVI.).

14) Nov. 135. in f. et cap. 1. (Vide *Cujac.* in expos. Nov. ad h. l.) — Cf. infra § 170 not. 1. et 8.

15) L. 8. 9. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)

16) L. 12. 13. D. *sol. matrim.* (XLIV, 3.)— L. 23 — 25. D. *h. t.*— L. 7. pr. D. *de exc.* (XLIV, 1.) — L. 41. pr. D. *h. t.* — Cf. *Auctoris* Pr. de jure ej. cui act. cessit creditor. IV. § 6.

17) Cf. § 64. not. 11.

18) In alia omnia discedit *Hellfeld* l. c. — Cf. etiam *Dabelow* Concurs p. 506 — 514.

19) L. 4. § 1. 2. L. 6. *D. quod cum eo* etc.— L. 63. pr. et § 7. D. *pro soc.* — L. 22. § 1. L. 51.

§ 155. IV. *Interdicta*(*).

Interdicta sunt formulae, quibus is, apud quem causa agitur, aut jubet aliquid fieri, aut vetat [1]). Et 1) a forma quidem interdicendi summa interdictorum divisio haec est: aut enim *prohibitoria* sunt, aut *restitutoria*, aut *exhibitoria* [2]). Quodsi 2) de argumento eorum quaeritur, alia quidem ad possessionis causam referenda sunt, alia ex aliis causis descendunt; quo in genere tum ea sunt, quae ad exhibendum dantur [3]), tum alia complura, velut interdictum quod vi aut clam, de arboribus caedendis, de glande legenda, de migrando, et quae eorum sunt similia [4]). Ex priore autem genere quaedam adipiscendae possessionis sunt, quaedam ipso possessionis jure nituntur, retinendae scilicet et recuperandae possessionis interdicta [5]). Praeterea 3) aut de divinis rebus aut de humanis interdicta competunt, itemque haec aut publica sunt, quae de locis, viis fluminibusque publicis dantur, aut ad rem familiarem, sive singulorum sive universitatum, spectant [6]). Denique 4) interdictorum divisio in simplicia et duplicia non est praetereunda [7]). Omnino autem omnia interdicta « licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt » [8]). Caeteroquin quod ad viam ac rationem interdictorum causas in foro tractandi attinet, olim quidem, nisi actoris juri concederet seque victum confiteretur reus [9]), editis interdictorum formulis apud judicem arbitrumve litigatum est [10]); ex quo vero sublatus fuit judiciorum ordo (§ 139. not. 32.), in actionum genus strictim ac breviter peragendarum translata sunt interdicta, quarum quidem id maxime proprium est, ut jam in litis exordio judex aut fieri aliquid jubeat, aut prohibeat, ne fiat [11]).

D. *h. t.*—L. 52. *eod.*—Vid. *Duareni* comment. ad. h. l. (in opp. p. 693.) et *Pothier* Pand. Justin. Tit. de re jud. Nr. 69. not. k.

§ 155.

(*) Dig. (XLIII, 1.) *de interdictis sive extraordinariis actionib., quae pro his competunt.*— Cod. (VIII, 1.) *de interdictis.*—Inst. (IV, 15.) *de interdictis.*—(*Gaji* inst. IV. § 139 sqq.) — *Dupont* comment. in commentar. IV. Inst. *Gaji* p. 153 — 179. —*Zimmern* röm. Process § 71—74.—*Hollweg* Prozess des sinkenden Röm. Reichs. § 37.

1) *Gaji* inst. IV. § 139.—Pr. I. *h. t.* — *Schilling* Bem. üb. röm. Rechtsgesch. p. 271 sq.

2) § 1. I. *h. t.*—L. 1. § 1. D. *h. t.* («—sunt tamen quaedam interdicta et mixta, quae et prohibitoria sunt, et exhibitoria. » — Cf. *Glossa* ad h. l.)

3) § 1. I. *h. t.* — Dig. XLIII. Tit. 5. 29. 30. — Cod. VIII. Tit. 7. 8.—L. 2. § 1. D. *de interd.*

4) Dig. XLIII. Tit. 4. 6 — 15. 24. 25. 27. 28. 32. — L. 20. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.)

5) § 2 — 6. I. *h. t.* — L. 2. § 3. D. *h. t.* — Cf. L. ult. in f. D. *de servit.* (VIII, 1.) — *Gaji* inst. IV. § 145. — *Savigny* Besitz § 35. 36. — Cf. *Duroi* Archiv f. civilist. Praxis VI. p. 265 — 277.

6) L. 1. pr. L. 2. § 1. D. *de interd.*

7) L. 2. pr. *eod.*

8) L. 1. § 3. *eod.* Cujus loci, quis sit sensus, necdum inter omnes constat. — Vid. v. c. *Savigny* Besitz p. 32 (ed. 5.).—*Duroi* l. l. p. 425 sq. — *Zimmern* l. l. p. 226. — *Hasse* jun. in Rhein. Mus. T. VI. p. 198 sq.

9) L. 6. § 2. D. *de confess.* (XLII, 2.) — Cf. L. 1. § 1. D. *de tab. exhib.* (XLIII, 5.)

10) *Gaji* instit. IV. § 141. 163—170. — *Theophili* Paraphr. ad pr. et § 1. *h. t.* — *Haubold* in der Zeitschr. für geschichtl. R. W. Ed. III. Nr. XII.

11) § 8. I. *h. t.*—L. 3. 4. C. *h. t.* At mirum quantum hac de re inter se dissentiant interpretes. Nam, ut reliquos praeteream, vid. quae scripserunt *de Savigny* Zeitschr. f. histor. R. W. T. V. Nr. I. Besitz p. 409.—*Thibaut* Archiv f. civilist. Praxis X. Nr. XXIII.—*Hollweg* Röm. Civilproc. § 37.—Itemque *Savignius* in Zeitschrift T. VI. Nr. III. et novissime *de Loehr* Archiv für civilist. Praxis XII. Nr. VI. Nec iterata rei meditatio labefactavit, quin potius confirmavit sententiam, quam alio in loco proposui, et, quantum potui, rationibus sustinere annisus sum: Civilprocess p. 236 — 238. p. 252. Nam cum *perinde* judicandum sit sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita sit, sponte sequitur, non ea modo, quae ad materiam interdictorum pertinent, verum etiam quae ad finem eorum referenda sunt, in usu et post sublatum judiciorum ordinem remansisse. Idque compluribus impp. christianorum testimoniis egregie confirmatur. Vid. v. c. L. 22. Th. C. *quor. appellat. non recipiantur* XI, 36. (« In interdicto quorum bonor. cessat licentia provocandi, ne, *quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis.*») — L. 3. J. C. *quor. bonor.* (»—jubemus, ut *omnibus frustrationibus amputatis,* per interdictum quorum bonorum in petitorem corpora transferantur, *secunda actione proprietatis non exclusa.* »)— Cf. inprimis *Loehr* l. l. p. 90 —108.

§ 156. V. *Missiones in bona* (*).

Missiones in bona idcirco fieri solent, ut vel jus nobis conservetur, vel adversarii contumacia coërceatur. Neque vero decernitur missio, nisi jus aliquod, saltem conditionale [1]), ei competere probabile fiat, qui in possessionem mitti desideret; qua de re is, ad quem pertinet jurisdictio, summatim cognoscat [2]). Praeterea causa adsit missionis legitima, quae quadruplex est. Aut enim *rei*, i. e. *crediti servandi causa* in possessionem mittimur, aut legatorum sive fideicommissorum servandorum gratia, aut damni infecti nomine, aut hereditatis tuendae causa [3]). Ex *priore* illo *genere* hae fere causae missionum petendarum decernendarumve esse solent: 1) Quod is, qui judicii sistendi causa fidejussores dederit, nec sui potestatem faciat, nec ab alio defendatur [4]); 2) quod eo animo debitor latitet, ut fraudentur creditores, nec quisquam sit, qui eum defendat [5]); 3) quod solvendo non sit debitor [6]). Praeterea 4) et judicati exequendi causa creditor in debitoris bona mittitur, siquidem alia ratione satisfieri illi nequeat [7]); denique 5) in hereditariarum rerum possessionem defunctorum creditores mittuntur, si aut vacare hereditatem constet, aut diu sit incertum, heres omnino exstiturus sit, necne, aut suspectus esse heres jure meritoque dicatur, neque idonee creditoribus caveatur [8]). *Legatorum s. fideicommissorum servandorum causa* in bona mittuntur hi, quibus non cavetur ab eo, a quo legata fideivecommissa ipsis relicta sunt [9]). Praeterea *damni infecti nomine* in rei ruinosae possessionem mittendus est is, qui ejus rei gratia cautionem sibi praestari frusta quaesivit [10]). Denique *hereditatis tuendae causa* duplex missio decernitur: et ventris nomine, et ex Carboniano edicto [11]), cui similis est ea, quae curatori furiosi datur [12]). Et interdum quidem in singulas tantum res missio fiet, velut si damni infecti causa caveri postulatur, tum etiam in fundi petitionibus, praeterquam si fraudandi causa forte latitaverit possessor [13]). Ac similis est ratio missionum, quae circa hereditarias causas postulantur. Etenim tum quoque

§ 156.

(*) Dig. (XLII, 4.) *quib. ex causis in possessionem eatur*, et (XLII, 5.) *de rebus auctoritate judicis possidendis.*— Cod.(VII, 72.) *de bonis auct. jud. possid. s. venundandis.*—*Stieber* de bonor. emt. apud vet. Romanos P. I. c. 2. § 10 sqq.—*Zimmern* röm. Proc. §76. 77. § 84—86. De juris canonici innovationibus, tum etiam de iis, quae a patrii juris auctoribus hac de re decreta sunt, vid. *Boehmer* Jus eccl. Protest. Lib. II. Tit. XV. §9—10.

1) L. 6. pr. D. *h. t.* (*quib. ex c. in p. eatur*).— Attamen ut bonorum vendendorum causa missio fieri possit, jus esse debet praesens et purum. L. 7. § 14. L. 14. § 2. *eod.*—*Cujacii* observ. Lib. X. c. 32.— *Lud. Vitalis* lection. variar. Lib. II. c. 14. (In *Ottonis* thes. T. II. p. 676.).— *Schilling* Bemerk. üb. röm. R. G. not. 776. p. 280—282.

2) L. 2. § 14. D. *de ventre in possess. mitt.* (XXXVII, 9.)— L. 3. § 4. D. *de Carb. edicto.* (XXXVII, 10.)

3) Cf. L. 1. D. *h. t.* (XLII, 4.).—*Gesterding* Pfandrecht § 22. (ed. II.)

4) L. 2. D. *h. t.*—L. 5. *eod.*—L. 6. § 2 *eod.* — Cf. et c. 3. et c. 5. § 6. 7. 8. X. *ut lite non contestata non procedatur* etc. (II, 6.)

5) L. 7. § 1 — 9. et § 13. D. — L. 9. C. *h. t.* — Nov. 53. c. 4. § 1.

6) *Theophili* Paraphr. ad pr. Tit. I. *de succ. subl., quae fiebant per bonor. vendit.*—L. 12. D. *de reb. auct. jud. possid.*

7) L. 3. C. *de execut. rei jud.*

8) L. 5. C. *h. t.*—L. 8. L. 9. D. *h. t.*—L. 23. § 1. 2, D. *de her. instit.* (XXVIII, 5.) —L. 31. D. *de reb. auct. jud. possid.*

9) Dig. (XXXVI, 4.) *ut in possess. leg. vel fideic. serv. causa esse liceat.*—Cod.(VI, 54.) *ut in poss. leg. vel fideic. serv. causa. mittatur, et quando satisdari debeat.* [—Missionem hanc sublatam esse *de Loehr* affirmat in Magaz. T. III. p. 195 sq. et in Archiv für civ. Prax. T. V. p. 208 sqq. quem secutus *Zimmern* l. l. § 86. p. 271.— At vid. infra § 730. not. 2. —E. G.]

10) L. 4. § 1. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.)

11) Dig. (XXXVII, 9.) *de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus.* (XXXII, 10.)—*de Carboniano edicto.*—Cod.(VI, 17.) *de Carboniano edicto.*—Vid. *Loehr* Magazin f. Gesch. u. Phil. des Rechts Bd. II. p. 451 sqq.

12) L. 7. § 3. C. *de cur. fur.* (V, 70.)—Vid. *Loehr* Magaz. Bd. III. p. 62. 63.

13) L. 15. § 11. 12. D. *de damno inf.*—L. 1. in f. D. *h. t.*—L. 7. §. 17. D. *h. t.*

in hereditaria tantum bona missio decerni solet, nisi si dolo quid fecerint possessores, quo quidem admisso, ipsorum etiam bona possidentur [14]). In reliquis vero omnibus causis, ut in universa adversariorum bona mittantur creditores, recte petent.

§ 157. *Quaenam sit missionum vis atque auctoritas.*

Si quis ex causa qualicunque in possessionem missus est, et custodiam rerum atque observationem habet [1]), et pignus ei constituitur [2]), et hoc amplius interdictum peculiare, vel etiam in factum actio [3]), juris scilicet missione quaesiti tuendi gratia, comparata est, qua quidem utatur, sive omnino in possessionem venire prohibeatur, sive possessione pulsus sit, sic tamen, ut, si non admittatur, eligat, utrum ad hoc interdictum confugere, an decernentis potestate in possessionem induci malit [4]). Neque tamen ipse dominus possessione dejiciendus erit, nec possessio, ut quidem proprie dicitur, ad eum, qui missus est, transferri solet [5]), nisi propter ulteriorem adversarii contumaciam *ex secundo decreto damni infecti causa* missio facta sit [6]). Nonnumquam et bonorum vendendorum facultas, imo etiam fructuum percipiendorum, missis solet concedi [7]). Plerumque igitur, qui in bonorum possessionem missi sunt, ut ipsas res, ita et fructus, aut custodiant, aut locent necesse est, hoc tamen addito velut temperamento, ut fructus, vel ab ipsis vel a dominis coactos, quos quidem primo quoque tempore venire expediat, vendant eorumque pretium servent [8]).

§ 158. VI. *In integrum restitutio* (*). A) *Praecepta generalia.* 1) *Notio et totius loci constitutio.*

In integrum s. integri restitutio ex usu quidem loquendi vulgari, eoque nec JCtis Romanis incognito [1]), dicitur: juris reive, summo jure amissae, aut ob

14) L. 7. § 18. 19 D. *h. t.*—L. 5. § 5. D. *ut in poss. legat. rel.*

§ 157.

1) L. 12. D. *h. t.*

2) Quod praetorium est. L. 26. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — L. 2. C. *de praetor. pign.* (VIII, 22.)

3) Cf. L. 1. pr. et § 5. D. *ne vis fiat ei* (not. seq.).

4) Dig. (XLIII, 4.) *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.* — Cf. *Hollweg* Röm. Proz. § 29. p. 307.—Caet. vid. *Huschke* de action. formulis quae in L. Rubria exst. (Vrat. 1832.) p. 17. Nr. III.

5) L. 15. § 20. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) — L. 5. pr. D. *ut in poss. leg.* (XXXVI, 4.) — L. 10. § 1. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — L. 12. D. *h. t.* — L. 7. pr. *de damno inf.* — *Savigny* Besitz p. 8. 9. (ed. 5.)—*Stieber* l. l. p. 56 sq.

6) L. 15. § 16. 21. 23. D. *de damno inf.*—Cf. *Savigny* Besitz p. 282. et ib. not. 3. (ed. 5.)—*Gesterding* Pfandr. p. 119. 120.—*Stieber* § 19.

7) L. 21. § 2. in f. D. *ex quib. caus. maj. in int. rest.* (IV, 6.) — L. 7. § 1—3. § 9—12. D. *h. t.* —L. 5. D. *de reb. auct. jud. possid.*—L. 6. C. *h. t.* — L. 7. § 19. D. *h. t.* — Cf. L. 5. § 16. 21. D. *ut in poss. leg.*

8) L. 5. § 22. D. *ut in poss. leg.*—L. 8 D. *h. t.*— Vid. infra § 171.

§ 158.

(*) Dig. (IV, 1—7.) *de in integrum restitutionibus.*— Cod. Lib. II. Tit. 20 — 55.—*P. P. H. de Dompierre de Jonquières* Spec. de restitutionib. in integrum. Lugd. Bat. 1767. 8.—*C.F. Gluck* D. de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae. Hal. 1776. 4. et in opusc. jurid. Fasc. II. p. 259 — 300. et Fasc. IV. p. 1—95.—*C. G. Biener* hist. jur. civ. de restitutionibus in integrum. Lips. 1779. 4.— Imprimis vero: *G. C. Burchardi* die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vor. Stand. Goett. 1831.—Cf. *de Schroeter* üb. Wesen und Umfang der in int. rest. (in Zeitschr. für. Civilr. u. Prozess: T. VI. Nr. III.) —*K. A. Schneider* die allgemein subsidiären Klagen des Röm. Rechts. (Rost. 1834.) cap. II, 1. p. 216 — 307. — Cf. maxime quod usum huj. doctrinae forensem attinet, *J. F. Wahl* Pr. de usu restit. in int. praet. Rom. in judic. Germaniae. Goett. 1751. 4. — *J. U. Roeder* de restit. in int. Hildburgh. 1783. 8. — *C. Klien* üb. das Wesen u. die heut. Anwendbarkeit der prät. Rest., insonderh. d. Wiedereins. wegen Zwangs u. Furcht; im Archiv f. civilist. Pr. 1. Nr. XVI. — *Haenel* üb. das Wesen und den heut. Gebrauch der actio u. exc. doli; im Archiv f. civ. Pr. XII, Nr. XX.

1) L. 1. § 9. 10. D. *de postul.* (III, 1.)

meram gratiam aut ob aequi rationem facta redintegratio [2]). Atque ex causa gratiae restitutionum indulgendarum apud eum solum potestas est, qui summum habet in civitate imperium [3]); ex aequitatis autem ratione is, qui jurisdictioni praeest, hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit [4]). Haec igitur in integrum restitutio, ad quam quidem, quae sequentur, referenda sunt omnia, ex Praetorum edictis descendit, in eisque tota fere inhabitavit. Nam licet et Aedilium edictis [5]) et civili jure [6]) imperatorumque constitutionibus [7]) nonnullae introductae sint in integrum restitutionis causae, tamen non solum singulas plerasque in edicto suo propositas habebat Praetor, verum etiam principia illa legesque, ad quas omnis fere [8]) haecce materia adstricta est atque dirigitur, ex eodem edicto commentariisque in idem compositis haurienda sunt. Videntur autem in integrum restitutiones praetoriae ad septem capita haud incommode posse revocari [8a]). Primum est de vi et metu; alterum de dolo malo, e quo etiam tamquam species pendent cum edictum de alienatione judicii mutandi causa facta, tum quod de eorum restitutione, quae in fraudem creditorum facta sunt, compositum est [9]). Tertium est caput de minoribus [10]); quartum de his, qui, posteaquam cum illis aliquid actum contractumve est, capitis deminutionem minimam passi sunt [11]); quintum de errore, eoque tali, qui excusationem mereatur [12]); sextum de absentibus propositum est; septimo

2) *Pauli* sent. rec. I, 7. § 1.—L. 2. in f. C. *in. quib. caus. in int. rest. necessaria non est* (II, 41.) — *H. Donelli* comment. jur. civ. L. XXI. c. 4.—*Glück* de vita petendae in int. rest. c. 1. § 1. [Sensu latiore quidem restitutionis nomen omnibus ex aequo datis actionibus et redintegrationibus dare possumus. *Burchardi* l. l. § 1, p. 7 sqq. Nr. I. II.—E. G.]

3) L. 1. § 10. D. *de postul.* — Cf. Cod. (IX, 51.) *de sententiam passis et restitutis.* [Et praetoriam ex causa gratiae restitutionem esse contendit *Burchardi* l. l. p. 20 sqq. nr. 3., contra quem *de Schroeter* l. l. p. 169 sqq. — E. G.]

4) L. 1. § 10. *de postul.* (vid. not. 3.). —L. 3. D. *h. t.* «Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur; scil. *ut justitiam earum causarum examinet.*» —. — Caeterum restituendi vocabulum non exacte ad rei ipsius jurisque restitutionem, verum omnino ad praetoriam aequitatem referendum est.— Cf. *Schilling* Bemerk. über R. G. p. 278 sq. Neque vero latior illa vocabuli notio a communis juris regulis recedit. Nam vid. v. c. L. ult. § 1. D. *de V. S.* «Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam, qui omnem rem conditionemque reddita causa praestet, *et tota restitutio juris est interpretatio.*» (Vid. *Crameri* not. 15. ad h. l. in huj. Tit. edit. quam ipse curavit.) At post alios rem, nullis fere, ut nobis quidem videtur, dubitationibus implicatam, nuper etiam in dubium vocavit *Zimmern* de judicio, quod vocant rescindente ac rescissorio (Jen. 1826. 8.) p. 8; *idem* Röm. Process. § 102. 103.; scil. provocans ad locos (L. 7. § 1. D. *h. t.*— L. 1. § 6. D. *de dolo malo* IV, 3.), quibus nihil evincitur, nisi quod magis etiam subsidiaria sit de dolo actio, quam reliqua sunt restitutionis praesidia. Similisque est sensus Legis 38. D. *de dolo malo*, quae verbis quidem de dolo actionem opponit in integrum restitutioni, tamquam simpliciter inter se sint contrariae, at re vera negat tantummodo, minorem ex capite doli esse restituendum, eum propter minorem aetatem restitui possit. — [Ista igitur *Zimmerni* opinio, cui assenserunt plerique recentiores (*de Schroeter* Zeitschr. über Civilr. und Prozess T. VI. p. 113—150.—*Schneider* l. l. p. 256.) « actiones quas praetor ob dolum malum vel metum dare solebat, a restitutionibus re differre » eum legibus minime congruit. Nam 1) praetor his actionibus datis juri civiliter adquisito officiebat. (*Cic.* de offic. III, 14. — L. 21. § 5. 6. D. *qu. m. c.*). 2) et in edicto et in Pandectis actiones hae eodem loco quo restitutiones tractatae sunt. 3) In legibus ipsis de dolo et quod metus causa actionibus datum est nomen restitutionibus (velut L. 9. § ult. D. *quod met. causa.*—L. 3. § 4. D. *de alienat. jud. mut. c. facta*). Quos locos neque *Schroeter* l. l. p. 147., neque *Schneider* l. l. p. 250. in favorem opinionis, quam rejecimus, interpretari potuerunt. — E. G.]

5) L. 1. § 1. L. 60. D. *de aedil: edicto.* (XXI, 1.)

6) Quo referenda videtur actionis restitutio ex L. 8. § 9. D. *ad Sct. Vellej.* (XVI, 1.)

7) Referunt huc L. 35. D. *de re jud.* (XLII, 1.) (cf. Cod. VII, 58. *si ex fals. instrum. vel testim. jud. sit.*)—L. 31. D. *de jurejur.* (XII, 2.)—L. 2. C. *de resc. vend.* (IV, 44.) — L. 6. C. *de repud. vel abstin. her.* (VI, 31.) — At iterum a nobis dissent. *Zimmern*, qui quidem remedium ex L. 2. C. *de resc. vend.* restitutionem esse utique negat: röm. Proc. § 101. not. 8., nullis tamen rationibus sententiam suam confirmavit.

8) Nam remediorum formae, quaeque cum his proxime sunt conjuncta (§ 160. not. 3.) non nisi ad ipsas praetorias restitutiones referri possunt. — Cf. *Schroeter* l. l. p. 150. *C. Schroeter* bl. p. 150. — *Schneider* l. l. p. 257 sqq.

8a) De ordine temporis quo introducta sunt cf. *Burchardi* § 12 sqq. et *de Schroeter* p. 100 sqq.

9) Dig. (IV, 7.) — *de alienatione jud. mutandi causa facta.* — Dig. (XLII, 8.) *quae in fraud. creditor. facta sunt, ut restituantur.*

10) Dig. IV, 4. et Cod. II, 22.

11) Dig. (IV, 5.) *de capite minutis.*

12) L. 1. 2. D. *h. t.* (IV, 1.) «—per—justum errorem.» — Cf. § 90.

generatim Praetor, si qua alia sibi justa causa esse videretur, se in integrum restituturum pollicitus est [13]), quae quidem in integrum restitutio ex clausula generali dicitur [14]). Quoniam autem haec doctrina in generalium numero merito habenda est, utpote cujus in tota fere juris disciplina patet usus, neque vero omnia ac singula cjus capita simul explicare aut conveniens esse videtur, aut necessarium, aut ab ullo harum rerum scriptore ita adhuc factum est, ut nihil fere deesset [15]): nos quidem in hoc loco tractando sic versabimur, ut, iis praemissis praeceptis, quae principiorum loco sint, e singulis restituendi causis eas tantummodo delibemus, quarum in commune ita valeat vis, ut ad singulum aliquem juris locum non commode referri possint, quales sunt de vi metuque, de dolo, de errore, de absentia, et de iis, quas clausulae generali assignari potissimum conveniat.

§ 159. 2) *Restitutionis conditiones necessariae.*

Jam igitur de iis expidituri, quibus, tamquam principiis, totum hoc nostrum argumentum regitur, primum quidem videamus de restitutionum conditionibus necessariis. Igitur 1) laesio facta sit necesse est, eaque nec minutula sit ac tenuissima [1]), nec ex mero casu fortuito orta [2]), licet id non requiratur, ut ex patrimonio aliquid absit restitutionem postulanti [3]); 2) dolo vel culpa ipse careat, cui restitui vult [4]); 3) aut prorsus nullum aut non idoneum juris sui tuendi servandique causa laeso adsit subsidium *ordinarium* [5]); denique 4) causa appareat restituendi ejusmodi, quam leges juraque vel constituerunt vel comprobarunt [6]). Quae quidem causa aut a persona, cui in integrum restitutio indulgeatur, ducitur, ut in minoribus, nonnumquam etiam in militibus, in foeminis, in iis denique, quibus propter rusticitatem venia dari solet (§ 96. in f.), aut ab ipsius facti, unde profecta est laesio, qualitate (§ 154. in f.).

§ 160. 3) *De remediis restitutionis petendae causa comparatis, tum, quibus et contra quos, quisbusve in causis ea competant.*

Ut indulgeatur in integrum restitutionis beneficium, aut sola judicis implora-

13) L. 1. § 1. in f. D. *ex quib. C. maj. in int. rest.* (IV, 6.)
14) L. 26. § 1. L. 33. pr. D. *ex. quib. c. maj.*
15) Vid. v. c. *Heise* System. Boch V. § 266. not. 6.

§ 159.

1) L. 9. pr. D. *de minoribus.* (IV, 4.)—L. 49. eod. L. 9.—in f. D. *de dolo malo.* (IV, 3)—L. 16. § 4. D. *de min.* (vid. § 94. not. 2.)—L. 54. D. *de contrah. emt.* (XVIII, 1.)—Dissert. *Noodt* in comment. ad tit. Pand. de int. rest. (opp. T. II. p. 85.)—*Schulting.* ad eund. tit. § 7.—*de Jonquières* Tit. I. § 32., maxime propter L. 4. D. *h. t.* («Scio illud a quibusdam observatum, ne propter, satis minimam rem vel summam, *si majori rei vel summae praejudicetur,* audiatur is, qui in integrum restitui postulat. ») Verumtamen hoc sibi voluisse videtur Callistratus: Num tanti sit laesio, ut integri restitutio postulari possit, id non ex sola quantitate pendere, verum et ex personarum conditione, omninoque ex rerum causarumque momentis esse ponderandum. Judicem igitur oportere ejus quoque regulae: *ne per minorem causam majori praejudicium fiat,* rationem habere. — Cf. et *Glossam* ad h. l., tum etiam *Raevardum* de praejudiciis Lib. II. c. 8. et *Burchardi* l. l. p. 84. not. 5. qui tamen dissentit, laesionis minoris in certis tantum causis rationem non haberi opinans. § 8. p. 85 sqq.

2) L. 11. § 4. 5. D. *de minor.*— Vid. *Harmenopuli* prompt. jur. I, 12. § 62. et ib. Schol.

3) L. 3. § 6. D. *de min.*—L. 7. § 6. *eod.*—L. 35. *eod.* L. 41. D. *de recept.* (IV, 8.)—Cf. et § 96. not. 14—17.

4) L. 7 pr. in f. D. *h. t.* —L. 16. D *in quib. c. maj. in int. rest.* (IV, 6.)—Attamen minores restituuntur, etiamsi sua facilitate decepti damnum fecerunt.—L. 44. D. *de minor.*

5) L. 16. pr. *de min.*—Cf. *Roeder.* l. c. § 2. 3. —§ 4. et 3. *eod.*—*Burchardi* l. l. § 9. Nr. IV, p. 97 sqq.—*Schneider* l. l. p. 230 sqq.—Quod quomodo temperatum sit in minorum causis, suo in loco videbimus. § 603 not. 17.

6) Cf. *Pauli* sent. rec. I, 7. § 2.

tione efficietur [1]), aut actionibus, exceptionibus, replicationibus [2]). Et implorando quidem agendoque olim quidem intra utilem annum (§ 86. not. 4.) in integrum restitutio *praetoria* plerumque petenda erat [3]), ex Justiniani autem constitutione intra quadriennium continuum, scilicet ab eo die numerandum, ex quo utile tempus quondam currebat [4]), et peti et deferri debet [5]). Idem de replicationibus statuendum esse videtur [6]); exceptio vero perpetua est [7]). Datur autem in integrum restitutio non ipsi solum, qui laesus est, verum etiam iis, qui in ejus locum successerunt, nec non fidejussoribus ejus [8]), quatenus quidem ipsius interest fieri restitutionem [9]). Contra vero plerumque in personam tantum integri restitutio conceditur, non in rem [10]), hoc pacto, ut revocari non possit res, quae apud eum est, quocum nulla restitutionem petenti intercedit obligatio, nisi in causis quibusdam exceptis [11]); ac praeterea usucapione rescissa item restituitur rei dominium, quod quidem summo jure exstinctum erat [12]). Caeterum

§ 160.

1) Arg. L. 8. pr. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)— Cf. L. 21. § 5. 6. D. *quod met. c.* et L. 7. § 11. 12. D. *de min.* [Errat *Burchardi*, dicens (l. l. p. 548.) restitutionem non posse indulgeri nisi adversus contradictorem certum.—E. G.]

2) L. 9. § 3. D. *quod met. c.*—L. 9. § 4. D. *de jurejur.* (XII, 2.)

3) 5. 1 *de actionib.*—L. 14. § 2. D. *quod met. c.* — L. 35. pr. in f. D *de O. et A.*—*Burchardi* l. l. § 27. p. 490 sq.—*Dissent.Gu.* et *de min.Schroeter* comm.de temporib.in integr.restit.Jenae1834.8.)p. 3.—9.—At perpetuae sunt et quod m.c.tum de dolo actio, quatenus quidem rei persecutionem habent (L. 14. § 1. 2. D. *quod m. c.*—L. 28. in f. D. *de dolo malo*) et restitutoria actio, quae propter capitis deminutionem datur (L. 2. § 5, D. *de cap. min.* IV, 5.)

4) Sunt fere verba Leg. ult. pr. C. *de temp. in int. rest.* (vid. not. seq.); subobscura illa quidem. Unde tamen evinci nequit, hujus praescriptionis tempus utile esse ratione initii. Nam utile tempus, *ut utile*, haud dubie statim ab initio currit; de qualitate vero temporis nihil imperator statuere voluit. — Vid. *Vermehren* im Archiv f. civilist. Pr. X. Nr. XVIII. et cf. *Unterholzner* ausführl. Entw. d. Verjährungslehre T. II. p. 13 sq. (§ 153.). — *Burchardi*. l. l. § 27. p. 517 — 524.

5) L. ult. C. *de temp. in int. rest. tam minor. et aliar. personar., quam heredum eorum* (II, 53.) — (» Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari, ex die, ex quo annus utilis currebat — ; ex differentiis enim locorum aliquod induci discrimen satis nobis absordum visum est. » (Cf. L. 2. C. Th. *de int. rest.* II, 16.) « *Quod non solum in minorum restitutionibus, — sed etiam in majorum — adhiberi sancimus*, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur *ad interponendam contestationem finiendamque litem.* » —Cf. *Hofacker* princip. jur. civ. Rom. Germ. § 815. in f.) — Sunt tamen, qui jus hoc novum nonnisi ad minorum, tum ad eas majorum restitutiones, quae absentiae causa fiunt, pertinere dicant, maxime propter § 1. dictae constit. v. c. *Schulting* ad h. Dig. tit. § 11., et novissime etiam de *Loehr* Arch. f. civ. Pr. X. p. 86 sqq. (Nr. 10.), cui consent. *Vermehren* l. l. p. 399. not. 5. — *Zimmern* röm. Proc. § 107. inf.— *de Schroeter* comm. cit. p. 10—12. Quorum tamen auctoritas movere me non potuit, qui a communi sententia recederem, quam quidem egregie defendi tum ex fine consilioque legislatoris (vid. pr. leg. laud.), tum vero ex generalibus legis ipsiusque tituli inscriptionis verbis, certo mihi persuasum habeo. Eandemque etiam tuentur — ut de aliis taceam. — *Domp. de Jonquières* Tit. 1. § 37. — *Haubold* D. de temporis continui et utilis computatione e. V. (in opusc. a *Wenckio* edit. T. 1. p. 426 sq.). — *Thibaut* Verjähr. § 49. — *Glück* Pand. IV. p. 436 sqq. — At interdum etiam intra brevius tempus petenda erit in integrum restitutio. —L. 8. C. *de dolo malo* II, 21. — Cf. omnino de quaestione proposita *J. C. Koch* (resp. *Reichard*) D. *de praescr. rest. in int.* Giess. 1780. 4. — *Glück* de vita pet. rest. in int. c. 3. 4. (opp. fasc. IV. p. 1 — 95.). — *Thibaut* Verjähr. § 49. — *Unterholzner* vollst. Entw. d. Verjährungslehre T. II. p. 1 — 20. (§ 151 —155.).

6) L. 9. § 4. D. *de jurejur.* — Cujus rei probabilem affert rationem *Weber* Beitr. zu Klagen u. Einreden St. I. p. 11. 12. — Cf. et *Koch* l. l. § 7.

7) L. 5. § 6. D. *de d. m. et m. exc.* (XLIV, 4.)— *Koch* § 6. et *Weber* l. l. p. 9 sq. — Dissent. *Burchardi*. § 26 p. 498 sqq.

8) L. 6. D. *h. t.* (cf. *Schulting* ad eund. tit. § 4.). — L. 18. § 5. L. 24. pr. D. *de min.* — L. 7. § 1. D. *de except.* XLIV, 1. (cf. § 82. not. 7.). — *Jo. Lud. Schmidt* (resp. *Philippi*) D. de rest. in int. num sit beneficium reale an personale (Jen. 1777. 4.) § 4 sqq. — (Cf. tamen *Vinnius* sel. jur. quaest. Lib. I. c. 11.) — *L. J. F. Hoepfner* D. restit. in integrum quoad fidejussorem (Giess. 1777. 4.) § 5. sqq.— Cf. *Gluck*. Pand. T. V. § 459. p. 461 sqq. Cf. Glück. Pand. T. V. § 459. p. 401. sqq.

9) L. 25. D. *de min.*

10) *Pauli* sent. rec. I, 7. § 4. — Cf. L. 9. § 4. D. *quod met. causa* et *Schulting* ad *Pauli* loc. cit. not. 14. et *Arndts* ad h. l.

11) L. 9. § 4. et 8. D. *quod met. c.* — L. 13. § 1. L. 14. D. *de minor.* — L. 1. pr. L. 6. § 11. L. 10. § 19. D. *quae in fraud. cred.* (XLII, 8.) — Sunt vero, qui contendant, semper fere contra rei quemcunque possessorem in integrum restitutionem competere, sola scilicet excepta doli causa, moti maxime propter L. 5. D. *h. t.* — « Nemo videtur exclusus, quem Praetor in integrum se restituturum polliceatur. » — Vid. tamen *Gluck* D. de vita pet. rest. in int. (opp. Fasc. II.) p. 401. not. 44.—*Id.* Pand. Bd. V. p. 467. not. 26.

12) § 5. I. *de act.*

in integrum restitutio nec contra parentes patronosque concedi solet [13]), nec contra venditiones a fisco factas [14]), nec fere contra eos, qui longae longissimaeque possessionis praescriptione muniti sunt [15]), nec omnino vero poenarum consequendarum causa locum habet [16]).

§ 161. 4) *Apud quem peti debeat in integrum restitutio et quomodo fiat.*

Peti debet in integrum restitutio apud judicem competentem [1]), eumque talem, penes quem est *jurisdictio* [2]), sive propria sive mandata (vid not. sqq.); igitur nec ab inferioris ordinis judicibus, nec a compromissariis iudulgeri potest [3]). Postulata autem in integrum restitutione omnia in suo statu maneant, donec res finiatur [4]); quodsi ea denegatur, non iterata vice idem auxilium petit debet, nisi novis praesidiis defensionibusque instructa sit causa [5]). Caeterum solito judiciorum more omnia peragenda sunt [6]), praeterquam quod interdum, tum maxime, cum de fatalibus diebus neglectis quaestio aliqua liti incidit, etiam non audita altera parte in integrum restitutio impertiri solet, quam quidem brevi manu restitutionem vocant [7]). Quod autem nonnulli statuunt, scilicet in iis restitutionum causis, quae in recuperandis rebus juribusve amissis versarentur (cf. § 158. not. 4.), duplex apud Romanos judicium fuisse necessarium, unum rescindens, quo quod actum gestumque esset rescinderetur, alterum rescissorium sive restitutorium, quod ipsius rei vel juris recuperandi causa fieret [8]), id solidis rationibus nullis defendi posse videtur [9]), licet et apud Romanos fieri potuerit,

13) L. 2. C. *qui et adv. quos in int. rest. non poss.* (II. 42.) — Cf. Nov. 155. c. 1. — *Glück* Pand. § 443. p. 463—466. — *Burchardi* § 10. Nr 1. p. 117.

14) L. 5. C. *de fide et jure hastae fisc.* (X, 5.) — Cf. tamen l. 1. et 3. C. *si adversus fiscum* (II, 37.).

15) L. 3. 4. C. *de praescr. 30 vel 40 annor.* (VII, 39.) — L. 3. C. *de his quae vi metuque facta sunt.* (II, 20.) — *Thibaut* üb. Verj. § 65. — Cf. *Jo. Himesch* (Pr. *J. Wunderlich*) D. de rest. in int. contra praescriptionem ex capite ignorantiae non competente. Jenae 1754. 4. — Archiv f. civilist. Praxis II. p. 366. nr. a. — Caet. cf. *Burchardi* § 10. p. 135 sqq.

16) L. 37. pr. D. *de min.* — L. 18. D. *ex quib. caus. maj.* — Alia exempla vide *Burchardi* l. l. § 10.

§ 161.

1) L. 2. in f. C. *ubi et apud. quem cognit. in integr. rest. agitanda sit*, (II, 47.) — *Schulting* l. l. § 5. [A quonam judice contra adversarium incertum — cf. § 160. not. 1. — restitutio petenda sit, ex natura et indole causae cognoscitur. — E. G.]

2) L. 16. § 5. D. *de minorib.*

3) L. 3. C. *ubi et ap. quem rel.* — L. 26. § 1. D. *ad municipat.* (L, 1.) — Cf. c. 9. X. *de in int. rest.* et ibi *J. H. Boehmer* in not. — [Cf. *Burchardi* l. l. p. 541 sq. — *Hollweg* Röm. Proc. § 11. p. 125. not. 21. — Jure moderno a quovis judice restitutio impetrari potest. — Cf. *Burchardi* p. 545. — E. G.]

4) L. un. C. *in integr. rest. postulata, ne quid novi fiat.* (II. 50.) — L. 32. C. *de transact.* (II, 4.) — Cf. c. 6. X. *de in int. rest.* (I, 41.)

5) Tit. Cod. *si saepius in int. rest. postuletur* (II, 44.) — *Burchardi* § 10. Nr. II. p. 124 sqq.

6) L. 13. pr. in f. L. 29. § 2. D. *de min.* — *Vinnius* sel. quaest. Lib. I. c. 10. et *Schulting* l. l. § 8.

7) *J. C. Eschenbach* D. de rest. in int., quae sit brevi manu. Bütz. 1778. (et in *Ejus* comment. jur. Fasc. I. Rost. 1788. 8. Nr. I.).

8) *Fr. Duareni* comment. ad Tit. D. de in int. rest. c. 3. — *Glück* D. de vita pet. rest. c. II. § 7. (l. c. p. 301 sqq.) § 20—25. p. 401—500. et Pand. Bd. V. p. 407—413. [*Burchardi* l. l. § 24. 25. — *de Schroeter* l. l. p. 104 sqq. — *Schneider* l. l. p. 60 sqq. qui tamen non semper decreto posteriore opus esse, sed et statim fictitia formula restitutionem decerni posse concedit. — E. G.]

9) Provocant potissimum, qui hanc opinionem tuentur, ad L. 46. § 3. D. *de proc.* (III, 3.), tum ad L. 26. § 7. et 8. D. *ex quib. caus. maj.* — Sed vid. *Vinnius* sel. quaest. Lib. I. c. 10. in f. et *Domp. de Jonquières* Tit. I. § 45. — Cf. et L. 9. § 7. D. *quod met. causa.* — L. 18. pr. D. *de dolo malo.* — [Allegant et, restitutiones non a judice sed a magistratu indultas fuisse L. 3. D. *de in int. rest.* — L. 13. pr. D. *de min.* — L. 9. § 4. D. *de jurejur.* (XII, 2.) — et alias. — E. G.] — Caeterum *Zimmernus* novam quam ante aliquot annos defenderat sententiam (in Diss. de jud., quod voc. rescindente et rescissorio), jam ex *Huschkii* censura (Tüb. Zeitschr II. p. 163 sqq.) mutavit: röm. Proc. § 101. not. 4. Nec tamen nobiscum prorsus consentit. — [Quamvis nonnunquam accidere potuerit, ut praetor extraordinarie cognoverit, an restituendus esset actor, plerumque tamen causae cognitionem et decretum magistratus sola formula judici data perpetrata fuisse censemus. (Vid. *Auctoris* Cession § 15. Nr. II. in f. — *Schneider* l. l. p. 13 sqq. — *Gaji* inst. (IV, 38.) — Cf. et L. 2. § 1. D. *de cap. min.* quam *Burchardi* l. l. p. 469 sq. nr. 5. exceptionem esse contendit, licet et rescissoria actio ex

et hodieque usu venire soleat, ut, quae in integrum restitutione instaurentur actiones, eae postea demum ac separatis temporibus judiciisque instituantur [10]).

§ 162. 5) *In integrum restitutionis vis atque effectus.*

In integrum restitutionis ea est vis, ut, quatenus id aut per rerum naturam omnino fieri potest [1]), aut hujus remedii ratio patitur [2]), ille rerum status, qui ante fuit, redintegretur, atque damnum omne incommodumque ab eo, qui restituendus est, avertatur [3]). Semper vero ita fieri debet restitutio, ut unusquisque jus suum recipiat, et ipse, qui restitui vult, et is, contra quem petitur restitutio, scilicet ut ille quoque, quidquid ex ea re ad eum pervenerit, reddat aut compensari patiatur [4]), tum etiam, ut adversario actiones, summo jure amissae, restituantur [5]).

§ 163. B) *Singulae praetoriarum restitutionum causae generaliores.* 1) *Restitutio ob vim et metum* (*).

Quae vi metuque acta gestave sunt, aut nullam omnino vim habent [1]), aut a judice, si quidem ille ipse, qui laesus est, postulat [2]), infirmanda sunt, idque vel ordinariis juris remediis adhibitis, ut in bonae fidei judiciis [3]), vel in integrum restitutionis auxilio. Atque id quidem in his maxime necessarium fuisse videtur: in contractibus, qui ad juris civilis normam exigendi sunt [4]), in acceptilatione alioque modo facta obligationis dissolutione [5]), in rerum jurium-

capite absentiae sive causae cognitione ex edicto datam fuisse coostet. L. 1. § 1. D. *ex quibus causis maj.* cf. cum § 5. *J. de act.*). Quid? et quando causae cogoitione ao restituendus esset actor opus fuit, saepe praetoria cognitiooe i. e. uno judicio restitutio indulgebatur vei pure, vel ea conditiooe ut judex facta quaedam vera inveoiret. Ad hoc, quod est inter extraordinariam cognitionem et restitutiooem ordioariam, discrimen refereoda est L. 13. § 1. D. *de min.* (vid. *Husehke* io Tüb. Jahrb. T. II. p. 165 sq. Nr. I.) — Restitutiooom, quae sub conditiooe (eveotuaiiter) dabaotur, oomero adnumeraodae suot et eae, ad quas exsequeodas causae cogoitiooe et decreto restitotionis opus oon erat (vid. supra.) et eae, quae exceptiooum forma in formuia judici data indicabat praetor. (*Gaji* inst. IV, 119.). Immo oonouoquam judicem ipsum cognosse constat ex L. 9. § 4. D. *de jurejur.*—« *Plerumque ipsum praetorem debere cognoscere*, an captus sit et sic io integrum restituere. » — E. G.]

10) Id quod tom maxime fiet, cum, adversario oullo coostituto, judicis officium implorando petitur io iotegrum restitutio — Velut L. 21. § 5. D. *qu. m. e.*— Cf et *Ulr. Huberi* resp. ad *Thomasii* Scholium in iilius praelect. ad Paod. *h. t.* or. 4. — Cf. *Burchardi* § 16.

§ 162.

1) Cf. L. 24. § 2. D. *de minor.*

2) Vid. § 158. not. 4. § 160. not. 10. 11. — Cf. *Burchardi* § 29. 30.

3) L. 9. § 2. 4. 7. D. *quod met. c.* — L. 23. § 2. L. 28. § 6. D. *ex quib. caus. maj.* — L. ult. § 4. D. *quae in fraud. cred.* (XLII, 8.)— L. 21. § 5. 6. D. *quod met. c.* — L. 7. § 11. 12. L. 8. D. *de min.* — *Burchardi* § 30. p. 360 sqq.

4) L. 22. § 1. D. *de ex quib. c. maj.* — L. 39. § 1. L. 40. § 1. *de minor.*—L. 24. § 4. L. ult. *eod.* — L. 7. 8. L. 10. § 22. D. *quae in fraud. cred.* — L. 1. 2. C. *si advers. transact. vel divis.* (II, 32.)— L. 2. C. *si ut omiss. hered. vel bon. poss.* (II, 40.) —L. un. C. *de reputationib., quae fiunt in jud. in int. rest.* (II, 48.) — Caeter. cf. L. 27. § 1. D. *de minor.* — L. 32. § 4. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — Cf. *Burchardi* § 29. p. 355 sqq.

5) L. ult. D. *de min.* — L. 8. § 9 sqq. D. *ad Sct. Vell.* (XVI, 1.)

§ 163.

(*) Dig. (IV, 2.) *Quod met. c. gest. erit.* — Cod. (II, 20.) *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.*— Cf. § 95.

1) L. 21. § 3. D. *h. t.* — L. 1. § 1. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.) — L. 20. § 10. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — (Cf. L. 1. C. *si quis aliq. testari prohib.* (VI, 34.) —L. 9. pr. et L. 17. *qui et a quib. manum.* (XL, 9.) — L. 22. D. *quod met. causa.*— *Domp. de Jonquières* Tit. II. § 18. — *Burchardi* § 10. p. 141. § 18. p. 349 sqq. — *Schneider* l. l. p. 400 sqq.

2) L. 2. et 4. C. *h. t.* —*Burchardi* p. 351 sqq.

3) L. 116. pr. D. *de reg. jur.*—L. 1. C. *de resc. vend.* (IV, 44.)

4) *Pauli* rec. sent. I, 7. § 6. — L. 5. C. *de inutil. stipul.* (VIII, 39.) § 1. I. *de except.*

5) L. 21. § 4. D. *h. t.*— Vid. not. 36—40. edit. Geb. Sp. — *G. Noodt* de forma emeodaodi dol. mal. c. 16. (opp. T. I. p. 334 sq.).

que abdicatione ad aliumve facta translatione [6]), denique in hereditatis vel aditione vel repudiatione [7]). Jam vero 1) si in judicio res certanda est, Praetor, ut laesis succurreretur, et actionem quod metus causa, et exceptionem proposuit. Et 1) actio quod metus causa in rem scripta est [8]) atque arbitraria, laeso ejusve heredibus competens, tam adversus eum, qui intulit metum, quam contra heredes ejus aliosve, ad quos ex eo, quod metu gestum est, aliquid pervenit, ut id, quod abest quodve ad eos pervenit, judicis arbitratu restituant cum omni causa, aut, nisi fiat restitutio, in quadruplum ejus, quanti ea res est, sive quanti in litem juraverit actor [9]), condemnentur [10]). Si actor id, quod ei abfuit, consecutus est, cessat in quadruplum actio, et contra, si quadruplum prius obtinuit [11]). Sin a pluribus metus adhibitus sit et unus eorum conventus fuerit, adversus caeteros aut perimitur actio, aut in id duntaxat datur, quod minus ab illo exactum sit [12]). Similiter etiam 2) exceptio, quod metus causa, quae quidem impugnandae tantum actioni inservit, in rem scripta est, scilicet ut non quaeratur, an is, qui agit, metus causa quidquam fecerit, sed an omnino in ea re, de qua agitur, metus adhibitus sit [13]). II) Nonnumquam autem et praeter litem ei, qui coactus est, in integrum restitutione succurritur [14]). Nam si quis metu coactus adiit hereditatem, ita restituendus est, ut ei abstinendi sit facultas [14a]). Quodsi vero hereditatem metu perterritus repudiavit heres, duplici ei via Praetor subvenit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem quod metus causa praestando, ut in potestate ejus sit, quod velit auxilium eligere [15]). — Caeterum quoniam per hoc edictum non nisi is restituitur, qui vi metuque coactus cum suo ipsius damno aut ipse quid gessit, aut ab alio fieri passus est, aut lucrum, quod facere potuisset, omisit, consequens fuit, ut alia juris remedia adversus eos compararentur, qui vel vim adhiberent debitoribus, ut sibi solveretur, vel rebus, sive suis sive alienis, vi potirentur, in eisve invitis dominis aliquid facerent [16]). Similiter etiam aliis ii afficiantur poenis, qui vel dolo vel metu adhibito impediunt, quo minus aliquid fiat perficiaturque. [17])

§ 164. 2) *Restitutio ob dolum* (*).

Simili quadam ratione ut in iis, quae vi metuque gesta sunt, etiam quae

6) L. 8. § 1. 2. L. 9. pr. § 2. 3. 7. L. 21. § 2. D. *h. t.* — Quodsi vero ex bonae fidei contractu, eoque vi metuve elicito, rei traditio facta sit, ad praetorium auxilium confugere haudquaquam necessarium fuisse videtur, nisi si jam in alium, qui quidem metum non adhibuerit, res esset translata. — Cf. L. 3. C. *h. t.*

7) L. 21. § 5. 6. D. *h. t.* — L. 85. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)

8) L. 9. § 8. in f. D. *h. t.*

9) L. 18. pr. D. *de dolo malo.*

10) L. 9. § 1. 4. 7. 8. L. 10. L. 14. § 1. 2. D. *h. t.* — L. 4. C. *h. t.* — Vid. impr. *Schneider* l. l. T. II. cap. III. p. 378 sqq. — L. 14. § 3. D. *h. t.* — § 4. 5. *eod.* — L. 21. § 2. *eod.* — L. 5. C. *h. t.* — L. 12. pr. D. *h. t.* — L. 14. § 7. D. *eod.* — § 10. ib. — Cf. L. 14. § 14. *eod.* — L. 16. § 2. D. *h. t.* — L. 17. 18. 19. *eod.* — Cf. c. 5. in f. X. *de raptor.* (V, 17.) — L. 9. § 5. D. *h. t.* — Caeter. de hujus actionis in bonae fidei judiciis, tum omnino in foris nostris usu, vid. *Klien* l. l. p. 221 — 229.

11) L. 9. § 6. L. 14. § 9. D. *h. t.*

12) L. 14. § 15. L. 15. D. *h. t.*

13) L. 4. § 33. D. *de d. m. et m. exc.* (XLIV, 4.)

14) L. 9. § 4. — 6. D. *h. t.* — Cf. *Gluck* Pand. T. V. §. 448. p. 494. nr. a.

14a) L. 21. § 5. D. *h. t.* — L. 85. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)

15) L. 21. § 6. D. *h. t.*

16) L. 12, § 2. L. 13. L. 14. pr. D. *h. t.* (cf. § 134.). — L. 1. C. *h. t.* — L. 9. pr. D. *h. t.* — Caeterum cum variae sint hominum actiones atque aliae aliis implicatae, fieri nequit, quin etiam quod m. c. actio cum aliis remediis, quae ipsi affinia sunt, nonnumquam concurrat, velut cum interdicto quod vi aut clam, aut unde vi. — Vid. L. 9. pr. D. *h. t.* — L. 1. § 47. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — Cf. et § seq. not. 16. in f.

17) Dig. (XXIX, 6.) *si quis aliq. prohib.* et L. 2. C. *eod.* (VI, 34.) — (Cf. not. 1.)

§ 164.

(*) Dig. (IV. 3.) et Cod. (II, 21.) *de dolo malo.* — Vid. § 94. et *Schneider* die allgemein subsidiären Klagen. P. II. cap. 2.

dolo malo (§ 94. not. 9.) eliciuntur, aut plane nullius momenti habentur [1]), aut in laesi arbitrio positum est, utrum ea servari velit an rescindi [2]); itemque in his, quae rescindenda esse diximus, vel ipso jure bona fides et doli praestatio negotiis inest, hoc pacto, ut judicis officio perpetuisque actionibus adjuventur, qui capti sunt [3]), vel ad integri restitutionis auxilium eis confugiendum erit, nisi doli clausula stipulationibus subjecta sibi caveri curaverint [4]). Jam igitur Praetores, ut hominibus dolo malo circumscriptis subvenirent, et actionem et exceptionem protulerunt [5]). Et I) de dolo actio personalis est [6]), arbitraria et famosa [7]), ei competens, qui dolo deceptus est damnumque fecit [8]), tum etiam heredibus ejus [9]), ad id, quod dolo abest, cum omni causa restituendum, aut nisi judicis arbitratu fiat restitutio, ad praestandum quanti ea res est, quantive in litem juraverit actor [10]). Si plures dolo fecerint, et unus vel rem restituerit, vel quanti ea res est praestiterit, omnes liberantur [11]). In heredes caeterosque defuncti successores haec de dolo actio non datur; verumtamen de eo, quod ex dolo defuncti ad eos pervenit, aut dolo malo factum est quo minus perveniret, ut et in ipsum, qui dolo fecit, perpetuo danda est in factum actio [12]). Similiter si quid ex procuratoris dolo ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio, in quantum ad eum pervenit [13]). Caeteroquin de dolo actio, ex Constantini imp. constitutione, intra biennium et movenda et finienda est [14]). Quemadmodum autem liberis vel libertis adversus parentes patronosve de dolo actio non datur: ita nec humili adversus eum, qui dignitate excellit, nec luxurioso, aut prodigo, aut alias vilis conditionis homini adversus emendatioris vitae personas [15]). Praeterea magis etiam subsidiaria est ista de dolo actio, cum famosa sit, quam ceterae in integrum restitutionis actiones; nec itaque datur, cum alia in integrum restitutione succurri poterit actori, velut cum quis *adversarii*

1) L. 16. § 1. D. *de minor.*—L. 3. § 3. D. *pro soc.* (XVII, 2.)—L. 4. D. *de serv. export.* (XVIII, 7.)—§ 2. I. *de inutil. stipul.*—L. 137. § 6. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—L. 7. § 1. D. *qui et a quib. manum.* (XL, 9.)— Cf. § 163. not. 1.

2) L. 13. § 27. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)—*Schulting* enarr. part. primae Dig. h. t. § 7. 8.—*Noodt* de forma emend. doli mali c. 15.—Cf. not. seq. et infra P. Sp. Lib. III. cap. II.

3) L. 152. § 3. D. *de reg. jur.*—L. 7. § 3. L. 9. pr. D. *h. t.*—L. 11. § 5. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 5. C. *de resc. vend.* (IV, 44.)—L. 10. C. *eod.*—*Schulting* ad *h. t.* § 6. in f.—L. 2. C. *de a. e. v.* (IV, 49.)—Vid. *Noodt* de forma emendandi doli mali c. 7—12.—*L. J. Neustetel* comm. bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla (Heid. 1818. 8.) inprim. c. IV—IX.—*Burchardi* l. l. § 18. p. 324 sqq. —Cf. et § 3. I. *de emt. vend.*—L. 4. 22. 23. 62. § 1. L. 70. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — Cf. § 2. I. *de inutil. stipul.*—L. 137. § 6. D. *de V. O.*—De quib. vid. *Neustetel* l. l. c. II.

4) L. 1. L. 7. § 1. D. *de in int. rest.*—Cf. et L. 33. D. *de re jud.* (XLII, 1.)—L. 1. § 4. in f. *h. t.*

5) L. 1. § 1. in f. D. *h. t.*—Cf. *Cic.* de off. III, 14. et de nat. deor. III, 30. « everriculum malitiarum omnium, *judicium* de dolo malo, quod C. Aquillius protulit. »—Vid. *Noodt* l. l. c. 5.—*Domp. de Jonquières* c. 3. § 9. et 27.—Cf. *Schilling* Bemerk. uber Rechtsgeschichte p. 352--355.--*Haenel* l. l. (§. 158. not. (*) p. 409 sqq. —*Burchardi* § 18. Nr. III. —*Schneider* l. l. p. 308.

6) L. 15. § 3. D. *h. t.* « In hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse. »

7) L. 1. § 4. D. *h. t.* —Cf. § 142. nr. 4.

8) Neque vero minoris sit laesio, quam duorum aureorum. L. 9. in f. L. 10. D *h. t.*

9) L. 13. pr. D. *h. t.*

10) L. 18. pr. D. *h. t.*—§ 1. *eod:* « Non tamen semper in hoc judicio arbitrium [*al.* arbitrio] judicis dandum est: quid enim, si manifestum sit, restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus defunctus sit, ideoque protinus condemnari debeat in id, quod intersit actoris. »—§ 4. *eod.* (Si) « dolo cujus effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat, Trebatius ait, de dolo dandum judicium, non ut arbitrio judicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti ejus interfuerit, id non esse factum. »

11) L. 17. pr. D. *h. t.*—Correi autem sunt debendi.

12) L. 17. § 1. L. 26. 27. 28. D. *h. t.*

13) L. 15. § 2. D. *h. t.*

14) L. ult. C. *h. t.*—Cf. L. 3. *eod.*—*Domp. de Jonquières* c. 3. § 32.—*Glück* D. de vita pet. rest. c. III. § 30. l. l. p. 29 sqq.

15) L. 11. § 1. L. 12. D. *h. t.* — L. 13. pr. *eod.*—Cf. L. 15. § 1. *eod.*

dolo deceptus in judicio non respondit[16]). Igitur de dolo actio in his potissimum causis locum habet: 1) in iis contractibus, qui ad stricti juris rationem pertinent, nec vero doli clausula muniti sunt[17]); 2) cum aut citra omnem contractus causam, aut, cum altero contrahentes, alterius, ad quem ea res non pertinebat, dolo decepti laesique sumus[18]). Praeterea 3) cum ex contractu, qui est nullius momenti, damnum quis passus est[19]); aut 4) dolo malo alicujus factum est, ut aliqua actio tempore aliove modo periret[20]); denique 5) quoties obligatio actioque ex causa aliqua oriunda vel inanis est propter debitoris inopiam, vel non sufficiens ad damnum dolo datum reparandum, vel causam non obtinebit actor, de dolo agendum erit[21]). Et II) iisdem fere causis, e quibus doli actio proposita est, etiam doli exceptionem[22]) Praetor comparavit[23]). Eaque duplex est[24]). Altera, quae omnem iniquitatem repellit, quam quidem sciens actor admittit[25]); eamque doli generalis exceptionem vocant[26]). Altera, quae ejus, quod dolo malo gestum est, impugnandi gratia datur. Eaque ex ejus quidem, qui convenitur, persona in rem est, ex actoris vero in personam exceptio (§ 141. Nr. II.), nisi quatenus vel auctoris accessione uti velit actor, vel ex causa lucrativa ei successerit, vel ad eum, qui dolo fecit, res, quae petitur, reversura sit, vel ex tali negotio quis agat, quod ipsius causa gestum contractumve est, quamvis actio inde oriunda recta quidem via quaesita sit ejus vicario[27]).

§ 165. 3) *Restitutio ex causa erroris* (*).

Quum plerumque in negotiis contrahendis vel nulla erroris ratio haberetur,

16) L. 1. § 4. et 6. D. *h. t.*—*Schneider* l. l. p. 328—333.—Cf. L. 7. D. *de in int. rest.* («si citatus non respondit—non sua culpa—restitui potest—*maxime si fraus ab adversario intervenerit*: cum [quamvis] etiam de dolo malo actio competere soleat, et boni Praetoris est potius, restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere.») Neque igitur obstat L. 18. § 4. D. *h. t.* (vid. not. 10.).—L. 1. § 8. L. 2—5. L. 7. § 1—5. L. 25. L. 38. D. *h. t.*—Caeterum si quod crimen concurrit, etiam de dolo actio datur. L. 9. § 2. D. *h. t.* Atque hinc est, quod scribitur: « Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri,—et consumi alteram actionem per alteram »; L. 14. § 13. D. *quod met. causa.*—*Schulting* l. l. § 9.—Cf. et *Domp. de Jonquières* Tit. 2. § 33.—De eo vero, num de dolo actio et cum civili actione, eaque infamiam inferente, concurrat? dubitari possit propter L. 1. C. *h. t.*—*A. Faber* Rational. in Pand. ad L. 1. § 4. D. *h. t.* et *Domp. de Jonquières* Tit. 13. § 15.—Sed. vid. L. 59. § 1. D. *mandati* et L. 7. § 9. D. *h. t.*—Vid. *Cujac.* obs. III, 37.—*Schulting* l. l. § 9.—*Hasse* in Zeitschr. für gesch. R. W. T. III. p. 69. — Cf. et *Schneider* l. l. p. 301 sqq.

17) L. 7. § 3. in f.—L. 19. D. *h. t.*—Cf. *Huschke* de action. formul. quae in lege Rubria exstant comm. p. 30.

18) L. 7. § 6. 9. L. 8. L. 9. § 1—4. L. 20. § 1. L. 23. 24. 31. 32. 33. 35. 40. D. *h. t.* — L. 7. C. *eod.* — L. 7. § 8. L. 18. § 3. L. 20. pr. D. *h. t.*

19) L. 1. § 5. D. *h. t.*

20) L. 1. § 6. 7. L. 38. D. *h. t.*

21) L. 2. C. *h. t.* — Unde merito hanc actionem omnium malitiarum everriculum a Cicerone vocatur, vid. supra not 5.

22) *Gaji* inst. IV. § 119. «si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit, *neque fiat.*» — Cf. *Haenel.* l. l. p. 419 sq.—*Burchardi* p. 292 sq. infra not 25.

23) Dig. (XLIV, 4.) *de doli mali et met. exc.* — § 1. I. *de except.* —L. 5. C. *de inutil. stipul.* (VIII, 39.)—De ejus origine cf. *Burchardi* p. 292 sq. et *Schneider* p. 308—328.

24) L. 30. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. supra not. 22.

25) Facti exceptiones. L. 2. § 5. D. *h. t.* (XLIV, 4.) L. 177. § 1. D. *de reg. jur.*

26) Vid. supra § 94. not. 5. et imprimis *Haenel* l. l. p. 420—429.

27) L. 2. pr. § 1. et 2. D. *de d. m. et m. exc.* (cf. § 141. not. 5.). — L. 4. § 27. *eod.* — L. 4. § 19. et 30. *eod.* — L. 4. § 17. 23—25. *eod.* — [Exceptionum harum numero obligationes cessas adnumerandas non esse constat, quia is qui cessit tanquam creditor est, licet agere non possit. Arg. L. 4. § 17. 18. D. *de except. d. m.* — Caet. cf. *Francke* in Archiv f. civ. Pr. T. XVI. Nr. XV. et *Auctoris* Cession § 60. (ed. III.) — E. G.]

§ 165.

(*) *Biener* Diss. cit. c. VIII. p. 40 sqq.— *Domp. de Jonquières* l. l. p. 360—373.—*W. Francke* Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien I. (Gött. 1828.) Nr. III. § 4. 5. (p. 84—94.). — *Burchardi* § 12. p. 184 sqq. Nr. E. et § 21.

vel propter errorem ipso jure aut nullius ea essent momenti, aut damnum ab errantibus, quantum id fieri posset, averteretur [1]): Praetor de errore, ut restitutionis causa, generatim haud videtur edixisse, sed singularibus edictis, quae necessaria ei visa sint, proposuisse. Errantes igitur eorum nomine, quae imprudentes vel admiserunt, vel neglexerunt, si quidem ordinaria deficiunt remedia, in integrum restituuntur, non omnimodo quidem, sed tum certis ex causis edicto peculiariter propositis [2]), tum vero, si alioquin id evidens aequitatis ratio postulat, scilicet justissima erroris causa allegata [3].) Eamque in rem vel maxime Praetores edictum de juris et facti ignorantia propositum habuisse videntur [4]).

§ 166. 4) *Restitutio ex absentiae causa, tum ex clausula generali* (*).

Iis quoque Praetor subvenit, quibus absentia [1]), aut sua aut aliena, impedimento fuit, quo minus jus suum intra legitimum tempus vel persequerentur, vel defenderent [2]), hoc modo, ut nunc litem causamve summo jure amissam simpliciter eis restitueret, nunc actionem exceptionemve rescissoriam illis impertiret [3]). Adjuvantur igitur absentes, 1) qui propter necessitatem, velut reipublicae causa, aut justo metu perterriti, absunt, aut apud hostes sunt; qui quidem omnes restituuntur, sive quid amiserunt, sive aliquid lucrati non sunt [4]). Quid? quod etiam iis, qui ex necessaria causa eaque vituperabili absunt, velut relegatis, succurritur, dummodo iis objici non possit negligentia, scilicet quod procuratorem non constituerint [5]). Praeterea adjuvantur, 2) qui ex voluntaria causa, probabili illa quidem, velut studiorum gratia, non adfuerunt, procuratore forte defuncto, quem quidem relinquere eos oportebat [6]). Denique 3) qui absentes esse finguntur (§ 88. nr. 4.), ex hoc edicto restituuntur [7]). Adversus eos autem, qui absunt, si quidem a nemine defendantur, utique restituuntur, qui ea ex causa rei suae vel juris jacturam fecerunt [8]). Integri

1) L. 57. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 18. D. *de R. C.* (XII, 1.) — L. 4. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Cf. supra § 95. nr. III. et *Thibaut* Vers. II. Abh. IV. Nr. VII.

2) a) L. 9. pr. D. *de juris et f. ignor.* (XXII, 6.) — L. 1. et L. ult. C. *eod.* (I, 18.) — L. 1. § 5. D. *de edendo* (II, 13.) — L. 3. Th. C. *de integri rest.* (II, 16.) — b) Dig. (XXVII, 6.) — *quod falso tut. auct. gest. esse dic.* — *Keller* üb. Litiscontestation u. Urtheil § 68. p. 573 — 578. — *Francke* l. l. p. 88 sq.

3) Vid. v. c. § 33. I. *de act.* — L. 11. § 8 — 10. D. *de int. in jure fac.* (XI, 1.) — L. 1. § 17. D. *de separationib.* (XLII, 6.) — L. 15. § 5. D. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.) — L. 11. pr. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.) — Caeter. cf. *Klien* Arch. f. civ. Pr. I. p. 211.

4) Cf. supra § 96. et *de Loehr* Magaz. für R. W. und Gesetzgebung IV. p. 53. — [A praetore edictum in favorem eorum, qui legum beneficiis utuntur, datum esse, verisimile est; L. 1. § 5. D. *de edendo* — L. 7. Th. I. *de in int. rest.* licet in titulis *de jur. et facto ign.* locus non inveniatur qui huic referendus sit. Fragmentum enim ex Paulo libr. 44. ad ed. excerptum huc non attinet. — E. G.]

§ 166.

(*) Dig. (IV, 6.) et Cod. (II, 54.) *ex quib. causis majores viginti quinque annis in integr. restituuntur.* — *Domp. de Jonquières* l. l. Tit. VI. p. 374 sqq. — *Francke* l. l. § 2. 3. — *Burchardi* § 12.

1) Vid. supra § 88. nr. 2. 4. et ibid. not. — *Francke* p. 73 — 76. [Hac ex caua primum restitutionis edictum datum fuisse videtur. — Vid. *Burchardi* l. l. p. 153 sqq. — *de Schroeter* l. l. p. 98. sqq. — E. G.]

2) L. 1. § 1. D. *h. t.* — *Francke* l. l. p. 71. 72.

3) L. 7. D. *de in int. rest.* — § 5. I. *de act.* — L. 28. § 5. 6. D. *h. t.* — L. 17. pr. et § 1. D. L. 41. 43. D. *h. t.* — *Schulting* ad eund. tit. § 9. p. med. — L. 5. C. *h. t.* — Cf. L. 31. D. *eod.*

4) L. 1. § 1. L. 4. L. 26. § 9. L. 29. L. 39. D. *h. t.* (vid. *Glück* Pand. VI. p. 33. not. 28. — *Burchardi* p. 168. sq. — L. 8. D. *de in int. rest.* — L. 1. C. *h. t.* [Cf. Cod. (II, 51.) *de restit. milit. et eor., qui reip. causa absunt* et (II. 52.) *de uxor. milit. et eor., qui reip. causa absunt.*] — L. 2. § 1. L. 3. D. *h. t.* — L. 14. 15. D. *h. t.* — L. 27. D. *eod.*

5) L. 26. § 1. L. 40. § 1. D. *h. t.*

6) L. 28. pr. D. *h. t.* — Cf. L. 16. *eod.*

7) L. 7. 9. 10. 12. 22. § 2. L. 23. § 2. L. 40. pr. D. *h. t.* — L. 2. C. *eod.*

8) L. 21. 22. 23. pr. § 1. 3. L. 26. § 1. L. ult. D. *h. t.* — *Burchardi* p. 175. sq. Nr. II.

vero restitutionem ex clausula generali, ut vocant, non nisi ad singulas absentiae species, edicto non specialiter enumeratas pertinere, multi sunt, qui judicent, ideo quod juris nostri auctores nonnullas etiam absentium restitutiones ex ista clausula repetere consueverint [9]). Quoniam tamen et generalioribus verbis Praetor loquitur [10]), et plures etiam species adsunt, quas nec superioribus restituendi causis nec absentiae adsignari conveniat [11]): non possumus, quin statuamus, toties in integrum restitutionem peti posse, quoties quis, non sua ipsius culpa, sed rerum necessitate impeditus fuit, quo minus jus suum aut intra tempus statutum, aut eo, quo debebat, modo persequeretur defenderetque [12]).

CAPUT V.

DE JURIBUS VEL CONCURRENTIBUS VEL SECUM CONFLIGENTIBUS.

§ 167. *Notionum inter se comparatio et totius loci constitutio.*

Concurrere dicuntur jura, inter quae apparet quaedam communio ejusmodi, ut omnia simul constare nihil habeat repugnantiae. Idque dupliciter fit. Aut enim duae pluresve personae in eandem rem idemve jus, aut res atque jura, diversi generis, in eandem personam concurrunt [1]). At vero *confliguntur* jura, quorum est inter se discrepantia talis, ut nullo modo constare una multoque minus exerceri queant. Itemque conflictus jurium duplex est. Etenim vel plurium hominum jura, altera alteris obstant, vel unius hominis, diversi illa quidem generis, ita inter se sunt pugnantia jura, ut alterum altero tolli necesse sit [2]). Est etiam mixta quaedam species, ex jurium et concursu et conflictu velut conflata, scilicet plurium creditorum concursus, ex iisdem debitoris bonis ipsis satisfieri petentium. Et de juribus aut concurrentibus aut secum confligentibus, quatenus ad easdem personas spectant, hoc quidem loco nihil opus est dicere, cum partim eo jam defuncti simus munere [3]), partim ejusmodi sint, ista jura, ut non nisi in singulis explicandis juris locis commode possint tractari [4]). De reliquis autem ita dicere instituimus, ut primum quidem de jurium communione generaliores quasdam proponeremus regulas; deinde de jurium conflictu videremus; postremo vero loco creditorum concurrentium jura in eodem judicio tractandi rationem brevissima descriptione adumbraremus.

9) L. 26. § 1. et 9. L. 33. pr. D. *h. t.* — Vid. *Domp. de Jonquières* l. l. § 3. et 31. — Caeter. vid. eund. § 32 sqq. [Verba clausulae generalis in edicto restitutionem ex capite absentiae sequi eamque ob omissiones solas datam fuisse haud dubium est. — Vid. *Burchardi* § 125. imprimis p. 191—201. — E. G.]

10) L. 1. § 1. in f. D. *h. t.* — Cf. L. 26. § 9. D. *h. t.* L. 7. D. *de in int. rest.*

11) V. c. L. 24. 25. 26. pr. et § 4. D. *h. t.* — L. 1. § 9. D. *de itinere actuque priv.* (XLIII, 19.) — L. 34. § 1. L. 35. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.) — *Burchardi* p. 183 sq. — At qui contrariam tuentur sententiam, his quoque in causis tamquam propter absentiam restitutionem esse dandam opinantur. *Domp. de Jonquières* § 11.

12) L. 16. D. *h. t.* — *Francke* p. 76—84. — Cf. *Gluck* Pand. Bd. VI. § 471. 472. et imprimis *Burchardi* l. l. p. 191—201.

§ 167.

1) *Brissonius* de V. S. voce *concurrere.* — Alteram vocant *subjectivam*, alteram *objectivam.*

2) Velut L. 7. D. *de lege commiss.* (XVIII, 3.) — L. 12. pr. D. *de leg.* 1. — Vid. et § 118. not. 4.

3) § 140.

4) Vid. *Hufeland* Ueb. Veränd. d. Rechte durch das Zusammenkommen mehrerer R. u. Verb. (eigenthümlicher Geist d. R. R. Bd. II. Nr. VII.) l. p. 3—15. — Cf. et infra § 323.

§ 168. I. *De jurium inter plures communione.*

Fieri pluribus modis potest, ut eadem res idemque jus ad diversos homines simul pertineat. Et *primum* quidem ita, ut plures homines tamquam una persona considerentur; quae quidem res efficit, ut non singulorum sint jura, de quibus quaeritur, sed ipsius universitatis [1]), quantumvis usus eorum pateat singulis [2]). *Deinde* hoc modo, ut singuli partes pro indiviso habeant [3]), sive inciderint in eam communionem, sive societas, ut quidem proprie dicitur, inter illos intercedat [4]). Tali itaque interveniente communione, unicuique suam ipsius partem ad alios transferendi plerumque potestas est [5]), neque vero alter invito altero in re communi facere quidquam potest, quod quidem noceat socio [6]), itemque, quae litis causa a singulis facta susceptaque sunt, reliquis, qui non consenserint, fere nec nocent, nec prosunt [7]). *Praeterea* etiam ad plures in solidum [8]) jus aliquod pertinere potest; idque duplici modo. Quoties enim commodum omne utilitasque, quae ex re aliqua percipi solet, ex eo genere est, ut plurium aequabiliter esse possit, omnes eo in solidum utentur [9]); sin minus, solidum is consequetur, qui industria sua caeterorum usum praevertit: cui quidem similis est plurium in solidum obligatio [10]). *Denique* cum rei inter plures divisae jura quaedam officiaque cohaerent, nec ea tamen divisionem recipiant, tum singuli ne pro sua quidem parte de ejusmodi juribus statuere possunt [11]), usus individuus omnibusque promiscuus est, actiones vero, eorum jurium tuendorum causa comparatae, ab unoquoque in solidum exerceantur [12]).

§ 169. II. *Jurium ad plures spectantium conflictus* (*).

Cum incidit contentio atque comparatio: ex duabus forte causis, utra alteri sit praeferenda? primum omnium videndum est, num omnino inter se pugnantia sint jura [1])? Deinde animadvertendum: sitne ejus generis altera causa,

§ 168.

1) L. 6. § 1. D. *de div. rer.* (I, 8.) — L. 7. § 1. D. *quod cujusq. univ. nomine* (III, 4.) — L. 1. § 7. in f. D. *de quaestionib.* (XLVIII, 18.)

2) L. 1. D. *de loc. et itinerib. publ.* (XLIII, 7.) — L. 2. § 2. D. *ne quid in loco publ. fiat.* (XLIII, 8.) — Cf. not. 9.

3) L. 5. D. *de stipul. serv.* (XLV, 3.) — Cf. L. 8. D. *de R. V.* (VI, 1.) — Vid. infra locum de rebus dividuis et individuis § 224.

4) L. 31. D. *pro soc.* (XVII, 2.)

5) L. 3. C. *de commun. rer. alienat.* (IV, 52.) L. 13. § 17. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Cf. L. 31. init. D. *pro soc.*

6) L. 28. D. *comm. div.* X, 3. — (« in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.») — L. 1. C. *de comm. rer. alienat.* (Cf. *Pufendorf* observ. jur. univ. T. 1. obs. 125. — *Struben* rechtl. Bed. T. V. Nr. 30. A quibus dissentit *C. F. Hommel* rhapsod. quaest. obs. 187.) — Vid. tamen L. 12. D. *comm. div.* — L. 52. § 13. D. *pro soc.* — L. 4. C. *de aedif. privat.* (VIII, 10.) — L. 13. § 1. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) — L. 2. C. *de commun. rer. alien.*

7) L. 5. § 6. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) — L. 9. pr. D. *de lib. causa.* (XL, 12.) — L. un. C. *si in communi eademque causa in int. rest. postuletur.* (II, 26.) — Cf. L. 5. pr. D. *de appell.* (XLIX, 1.) — L. 2. C. *de consortib. ejusd. lit.* (III, 40.) — L. 2. C. *si unus ex plurib. appellaverit.* (VII, 68.) — *C. Martin* v. der rechtl. Nat. d. Streitgenossenschaft (Magaz. f. den gem. t. bürgerl. Proc., herausgeg. von *Martin* u. *Walch* St. I. II. Nr. I. VI.) § 3. 8.

8) Cf. *Hugo* civilist. Magaz. IV. p. 250 sqq.

9) L. 5. § 15. D. *commod.* (XIII, 6.) — (« Usum balnei, vel porticus, vel campi, uniuscujusque in solidum esse, *neque enim minus me uti, quod et alius uteretur.*» — Vid. *Hasse* Revis. d. Theorie v. d. ehel. Güt. Gemeinsch. § 10. p. 17.) — L. 30. in f. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) « religiosa loca in judicium non deduci, eorumque jus singulis heredibus in solidum competere. »

10) L. 2. D. *de duob. reis constit.* (XLV, 2.) — L. 192. D. *de reg. jur.*

11) L. 34. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.) — Cf. infra § 279. Nr. 6.

12) L. 17. D. *de servit.* (VIII, 1.) — L. 4. § 3. 4. L. 6. § 4. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.)

§ 169.

(*) *Sam. Stryk* D. de jure privilegiati contra privilegiatum. Frcf. 1684. — *J. H. C. Luders* nähere Betr. d. Lehre von d. Concurrenz mehrerer Privilegien (in *Koppe* niedersächs. Archiv f. Jurisprud. Bd. II. Nr. 34. p. 485 sqq.). — *Thibaut* Vers. Bd. II. Nr. XIV. — *Hufeland* l. l. Nr. II — VI. p. 16 — 54. — *Fritz* Erläut. zu *Wening*. I. p. 58 — 69.

1) Vid. *Thibaut* p. 286 — 288. (ed. I.).

cui maxime faverint legislatores, usque eo fortasse, ut alteri eam esse praeponendam decretis suis nominatim sancirent[2])? In caeteris igitur causis his potissimum legibus judicium nostrum regendum est: 1) melior est causa accipientis, consumentis, occupantis, possidentis, sic tamen, ut nemo cum alterius damno locupletior fiat[3]). 2) Jus specialius generaliori potentius est[4]). 3) Is plerumque praeferendus est, cujus causa tempore praecedit[5]). 4) In re ambigua suum persequentibus citius favendum est, quam lucrum capientibus[6]). 5) Nonnumquam sorti res erit committenda[7]), tum maxime, si ipsi rei publicae expediat, jus, de quo quaeritur, non jacere[8]). Quodsi itaque his adhibitis regulis ad exitum perduci nequeat res, nec vero inter plures divisio commode fieri possit[9]), tum nemo eorum; inter quos ea res agitur, jure suo utetur[10]).

§ 170. III. *De creditorum in debitoris obaerati bonis concursu* (*). 1) *Quibus modis debitoris bona ad creditores perveniant.*

Qui tanto obrutus est aere alieno, ut satisfacere nequeat creditoribus, aut simpliciter patrimonio cedere creditoribus, aut bonam copiam ejurare[1]), aut bonorum possessionem pati necesse habet. Et quidem cessio bonorum[2]) in id prodest debitoribus, ut neque in carcerem detrahantur judicati[3]), neque infamiae nota adspergantur[4]), nec ultra id, quod facere possunt, si quid postea adquisierint, condemnentur[5]); atque ideo fit, ut debitores non utique omnes ad *flebile* istoc *cessionis auxilium*[6]) admittantur[7]). Magis etiam prodest ejurationis beneficium, quippe quo admisso tantum sibi reservare potest debitor, quantum ad victum quotidianum corporisque amictum sufficiat[8]). Denique

2) § 115. not. 8.—L. 24. 25. C. *ad Sct. Vellej.* (IV, 29.) — L. 11. § 7. L. 12. D. *de min.* (IV, 4.) — L. 3. § 2. D. *ad Sct. Maced.* (XIV, 6.) — L. 5 — 7. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) — L. 26. L. 34. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) rel.

3) L. 11. § 6. L. 34. pr. D. *de min.* — L. 8. D. *de cond. ob turp. caus.* (XII, 5.) — L. 32. D. *de proc.* III, 3. (Cf. L. 7. 13. 30. D. *de jud.* (V, 1.)— et *Thibaut* l. l. p. 299.) L. 14. pr. D. *de noxal. act.* (IX, 4.)—L. 3. D. *quod cum eo, qui in aliena pot. est.* (XIV, 5.) — L. 10. D. *de pecul.* (XV, 1.) L. 4. D. *de in rem verso.* (XV, 3.)— L. 19. D. *de re jud.* (XLII, 1.)—L. 54. pr. D. *de minorib.*—Cf. et not. 6.

4) L. 80. D. *de reg. jur.* — L. 41. § 3. L. 99. § 5. D. *de leg.* III. — c. IX. *de rescr.* (I, 3.) —

5) c. 54. *de reg. jur.* in 6. V, 12. (» Qui prior est tempore, potior est jure.»)—L. 98. D. *de reg. jur.*— L. 9. § 4. D. *de Publ. in rem act.* — L. 26. D. *loc.* (XIX, 2)—L. 8. C. *qui pot. in pign.* (VIII, 18.) (Cf. L. 16. § 8. D. *de pign.* XX, 1.)— c. 22. X. *de sponsalib.* (IV, 1.) — c. 1. pr. in 6. *eod.* (IV, 1.) — Vid. tamen L. 32. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) —

6) L. 41. § 1. D. *de reg. jur.* — L. 34. pr. D. *de min.* — L. 14. § 1. in f. D. *de relig.* (XI, 7.) — L. 22. § 5. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — L. 8. § 2. C. *de codicill.* (VI, 36.)—Caet. cf. *Fritz* l. l. p. 62. sq.

7) L. 5. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — L. 24. § 17. D. *de fideic. lib.* (XL, 5.)— § 23. I. *de leg.* — L. 3. pr. C. *comm. de leg.* (VI, 43.) — *K. G. Neundorf* verm. Abh. über Gegenst. d. Gesetzgeb. u. Rechtsgel. (Ulm 1805.) Nr. II. p. 17 — 49.

8) L. 14. D. *de jud.* — *Thibaut* p. 302.

9) L. 8. D. *de legit. tutor.* (XXVI, 4) — L. 7. pr. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)—L. 33. D. *de leg.* I. — *Thibaut* p. 299. 300.

10) L. 42. 43. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.)—L. 36. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)—L. 57. in f. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 12. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)

§ 170.

(*) *C. C. Dabelow* ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse d. Gläubiger. Halle 1801. 4.— *Goenner* vom Concurse d. Gläubiger (Handb. d. Proc. IV. p. 482—610. ed. II.).—*A. Schweppe* das System des Concurses der Gläubiger. Kiel 1812.— ed. III. Goett. 1829.

1) Vid. not. 8.—De jure antiq. intellig. *Varro* de lingua lat. Lib. VI. (ap. *Gothofr.* auctt. lat. ling. p. 58.)—*Cicero* ep. ad div. (IX, 16.—) Cf. *Zimmern* röm. Process § 78. not. 10.

2) Dig. (XLII, 3.) *de cessione bonor.* et Cod. (VII, 71.) *qui bonis cedere possunt*—Cf. *Stieber* de bon. emt. ap. vet. Romanos § 17.

3) L. 1. C. *h. t.*—Cf. *Auctoris* observ. jur. Rom. e. I. § 7.—*de Savigny* über das altröm. Schuldrecht (Berol. 1834. 4. p. 32 sqq.)—*Hollweg* röm. Proz. § 30. p. 326.

4) L. 11. C. *ex quib. c. infam. irrog.* (II, 12.)

5) L. 4. 6. 7. D. *h. t.*—De exceptione *nisi bonis cesserit* vid. § 4. I. *de replic.*—L. 5. C. *de bon. auct. jud. possid.* (VII, 72.)—L. 4. § 1. D. *h. t.* — *Zimmern* l. l. § 78. nr. 3.

6) L. 7. 8. C. *h. t.*

7) L. 8. D. L. 5. C. *h. t.*

8) Nov. 135. pr. in f. et c. 1.—Caet. de hoc loco obscuro vid. *Desid. Heraldi* de rerum judicatar. auctor. Lib. II. c. 25. § 11 sqq. (in *Otton.* thes. II. p. 1286 sq.) et *Dabelow* c. V. p. 135—149.—*Zimmern* § 80 in. f. p. 274.—*Hollweg* l. l. § 31. p. 346.

creditores, certe chirographarii [9]), jure possunt postulare, ut in bona mittantur debitoris, qui aut sui non facit copiam, nec a quoquam defenditur, ejus maxime, qui fraudandi causa latitat, aut dolo profusoque fortunarum suarum abusu facultatibus lapsus est, aut superiora beneficia recusat, ab iisve excluditur [10]).

§ 171. 2) *Quaenam sit abdicationis bonorum aut possessionis vis et potestas.*

Missione facta abdicationeque bonorum, communio quaedam inter creditores constituitur, usque adeo, ut iis quoque, quibus nondum permissum est possidere, missionem esse factam, proficiat, dummodo praesentes intra biennium, absentes intra quadriennium caeteris, qui possessionem rerum nacti sunt, cum de jure suo fidem faciant, tum vero expensas pro ejus, quod debetur, quantitate refundant [1]). Neque vero tamquam per universitatem successio defertur creditoribus [2]), sed custodiam tantummodo rerum actionumque ad debitorem pertinentium illi quidem consequuntur, et post aliquod tempus etiam jus, debitoris bona ex magistratus auctoritate vendendi [3]); cujus utriusque rei expediendae causa curatores [4]) bonis ex plurium creditorum suffragiis constituendi sunt [5]). Solet praeterea bonorum administratio creditoribus concedi; quo quidem facto in eorum arbitrio est, utrum ipsi velint percipere fructus eosque vendere, an praedia aliis locare fruenda. Quae vero ab ipso debitore jamjam factae sunt locationes, eas servare necesse habent creditores, usque eo dumtaxat, donec bonorum fiat venditio [6]). Caeterum in bonis emendis potiores habentur creditores et post eos cognati debitoris, inter ipsos autem creditores ii, quibus major pecunia debetur [7]). Ac pretium ex venditione redactum pro rata debitorum quantitate creditoribus distribuendum erit, tum vero ejus, quod creditoribus dimissis forte supersit, restitutio facienda [8]).

§ 172. 3) *Quomodo, ne omnino fiat bonorum venditio, occuratur.*

Potest etiam post bonorum aut abdicationem aut possessionem debitor, et defendendo se, scilicet satisdatione interposita, et solvendo efficere, ne bona ejus veneant [1]). Atque idem ille quidem consequetur et induciis quinquennalibus

9) Arg. L. 6. et 10. pr. C. *de bon. auct. jud. possid.* (VII, 72.)—Cf. *Dabelow* p. 273. 274.—*Zimmern* l. i. § 80. advers. fin. et *Hallweg* § 20. 31.

10) L. 2. 6. 7. D. *quib. ex caus. in possession. eatur* (XLII, 4.) —Cf. omnino *Stieber* l. l. § 11—13. et *Holweg* § 29 sqq.

§ 171.

1) L. 12. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.*—L. 10. pr. C. *de bon. auct. jud. poss.*

2) Cf. *Kind* quaest. for. T. II. c. 5.—*Dabelaw* e. V. p. 129. 130.—*Auctoris* Cession d. Ford. Rechte § 19. nr. 4. p. 237 sqq.—*Ejusd.* Process § 605.

3) *Cic.* or. pro Quinctio c. 27.—L. 8. 9. C. *de bon. auct. jud. possid.*—De veteri bonorum vendendorum ratione, tum, quid ea effectum sit, vid. *Gaji* Inst. III, § 77—81. IV. § 35. 66. in f. 68. in f. 145. —*Theophili* paraphr. Inst. III, 12. pr.

4) Neque enim cum curatore bonis distrabendis, qui quidem in magistri bonorum vendendorum locum successeral, commiscendus est curator, qui bonis vel servandis vel administrandis constituebatur.—*Stieber* l. l. § 20. p. 61 sqq. — Cf. ib. p. 11 sq.—*Zimmern* § 79.—*Hollweg* § 29. p. 308 sqq. § 31. p. 342 sq.

5) Dig. (XLII, 7.) *de curatoris bonis danda.*—L. 14. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.*

6) L. 8. § 1. D. *de reb. auct. p.*—*J. C. G. Karsten* üb. die Verhältnisse eines Pachtinteressenteo zu den Concursgläubigern d. andern Mitcontrahenten. Hamb. 1809.—*Schweppe* l. l. § 62. in f. (ed. 3.).—Dissent. *E. H. Bencard* üb. d. Verhäln. d. Pachters zu den Gläubigern des insolventen Verpachters. Rost. 1815. 4.

7) L. 16. D. *de reb. auct.* etc.—Cf. L. 60. D. *de pact.* (II, 14.)—Cf. (*Hoepfner*) Sammlung. röm. Ges. etc. (Frcf. 1785.) p. 86.

8) L. 6. in f. L. 10. § 1. C. *de bon. auct. jud. dossd.*

§ 172.

1) L. 3. L. 5. D. *de cess. bonor.*—L. 35. § 1. D. *de reb. auct. jud. possid.* — L. 2. C. *qui bonis cedere poss.*

impetratis, et partis eorum, quae debentur, a creditoribus remissione facta. Et induciae quidem a principe impetrari solitae sunt, indulgentibus scilicet creditoribus, qui si inter se dissentiant, vel ex eorum, quae petuntur, amplitudine, vel ex ipsorum creditorum numero res erit dijudicanda, hoc modo, ut in pari aut quantitatum cumulo aut creditorum numero humanior sententia sequenda sit, nulla quidem differentia inter hypothecarios aliosque creditores observanda[2]). Et vero similibus fere legibus aestimanda sunt pacta, quibus ante aditam hereditatem inter heredem et creditores convenit, ut aliqua ex parte ille aeris alieni solvendi onere relevetur, nisi quod hypothecarii creditores plurium sequi suffragia neutiquam necesse habent[3]). At nostris quidem moribus hoc jus tamquam commune in creditorum concurrentium judicio observatur[4]).

§ 173. 4) *Collocandorum creditorum ordo ratioque* (*).

Quamvis jam ex Romani juris indole et hypothecariis creditoribus cum chirographariis velut erat communio[1]), tamen cogi non poterant illi, ut omnium se certamini committerent, nec prius res sibi obligatas persequerentur, quam de ordine, quo inter se collocandi essent creditores concurrentes, judicium esset latum[2]). Igitur non nisi dimissis hypothecariis pecunia ex bonorum venditione redacta inter chirographarios creditores distribuebatur, ita, ut priorem locum tenerent, qui privilegio exigendi muniti essent. At vero in foris nostris obtinuit, ut, praeter dominos horumque similes[3]), tum etiam eos, quibus ipsa creditorum velut universitas obligata est[4]), omnes omnino petentium personae commune creditorum judicium agnoscere necesse habeant, imo, ex chirographariorum numero nonnulli ipsis etiam hypothecariis praeferantur[5]). Jam itaque quinque creditorum concurrentium classes fieri solent, quarum ad ordinem pecuniae distributio facienda est, hoc pacto, ut in singulis classibus aut eorum praecipua sit ratio habenda, quorum est potentius privilegium, aut ex temporis ratione, quis caeteris praestet, aestimetur, aut pro rata, eorum, quae debentur, parte, singulis satisfiat. Ac *primae* quidam *classi* adsignari solent, et quae in debitoris funus impensa sunt[6]), et mercedes residuae famulantium reliquorumque, quos quidem alere debitor sumtu suo necesse habuit, et tributa fisco debita, et ea, quae quis in ultimum defuncti debitoris morbum impendit; atque in his quidem impensae funebres primo loco habentur, reliqua vero pro rata cuiusque debiti

2) L. 8. C. *qui bon. cedere possunt*. — Cf. L. 4. C. *de precib. imp. offer.* (I, 19.) — *A. Faber* error. pragmat. Decad. 25. err. 5. — Cf. *J. H. Boehmer* D. de litteris respirationis (exercit. ad Pand. T. III. exerc. 46.). — *Dabelow* c. VI. p. 151 — 159. p. 501 — 506. — *Schweppe* § 13—18.

3) L. 7. § 17. et 19. L. 8. L. 9. L. 10. pr. D. *de pactis*. — L. 58. § 1. D. *mandati*. (XVII, 1.) — Vid. *Ulr. Huber* Eunomia Romana ad L. 7. § ult. et L. 10. pr. D. *de pact.* p. 117 sqq.

4) *J. H. Boehmer* D. de pacto remissorio (exercit. ad Pand. T. V. exerc. 89.). — *Dabelow* c. X. p. 283— 296. c. XIX. pag. 558—576. — *Schweppe* § 19—23. — *Heffter* im Archiv für civilist. Praxis.

§ 173.

(*) *Dabelow* c. XXI. p. 592 — 643. — *Schweppe* § 67—80.

1) L. 8. C. *qui bon. ced. poss.* — Cf. *Dabelow* p. 273. 274.

2) L. 6. L. 10. pr. C. *de bon. auct. jud. poss.* — Cf. *Goenner* l. l. § 2. — *Hollweg* l. l. p. 312 sq. et p. 344.

3) L. 5. § 15. 16. *de trib. act.* XIV, 4. (cf. § 175. not. 3.). — L. 24. § 2. in f. D. *de reb. auct. jud. possid.* (not. 16.). — Cf. *Thibaut* Pand. § 1224. et *Schweppe* Concurs § 44—46. et infra §. 323 init.

4) *Schweppe* § 40—42. — *Dabelow* p. 649 sqq.

5) *Schweppe* § 67. in f.

6) Propter L. 45. D. *de relig.* (XI, 7.)

parte concurrunt[7]. Ad *alteram classem* hypothecarii creditores referuntur, qui privilegiis gaudent, ad *tertiam* vero hypothecarii simplices; de quibus opportuniore loco pluribus sumus expositùri. In *quarta classe* sunt chirographarii, qui privilegiis exigendi utuntur, hi quidem: 1) Fiscus, qua ex parte potentioribus non adjuvatur privilegiis[8]; scil. eorum ratione, quae non poenae causa ipsi debentur[9]. 2) Respublica creditrix[10]. Atque utriusque privilegium caeteris praeponderat[11]. 3) Uxor, nec non sponsa, qui id agunt, ut, quod dotis nomine datum est, recipiant[12]. 4) Qui sub tutela vel cura sunt aut fuerunt, atque hoc quidem nomine res suas a tutore curatoreve eorumque heredibus repetunt[13]. 5) Qui ad aedificium reficiendum, tum etiam in navem vel emendam, vel exstruendam, vel armandam, vel instruendam crediderunt[14]. Et hi quidem omnes, quorum post fiscum remque publicam mentionem fecimus, pro rata ejus, quod debetur, quantitate inter se concurrunt[15], ipsisque posterior est ordine 6) is, qui pecuniam apud mensularios nummulariosve *deposuit*[16]. Atque haec omnia, quae modo nominavimus, privilegia, solis exceptis et dotis privilegio, et eo, quod pupillis eorumque similibus personis datum est, *causae privilegia* sunt[17]. Possunt etiam ii, quorum pecunia ad privilegiarium pervenit, in dimissi creditoris locum succedere[18]. In *quinta* denique *classe* reliqui omnes collocantur creditores, quorum quidem quisque pro rata debiti parte suum recipit[19]. Omnino autem eodem plane loco usurae, quo ipsa sors, haberi debent[20]. Caeterum quoties is, qui posteriore loco collocatus est, eum, qui una pluribusve personis interpositis priorem locum obtinuit, apud judicem vicit, licet is potior habendus sit, eo, quem superarit, non tamen ita in hujus locum successisse videtur, ut eos utique excludat, qui in medio positi sunt[21].

§ 174. 5) *De his, quae in fraudem creditorum fiunt* (*).

Quae in fraudem creditorum, sive ante bonorum possessionem, sive post

7) *Schweppe* § 68.

8) L. 10. pr. D. *de pact.* — L. 6. pr. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.)—Idemque privilegium et Caesaris rationi competit, et Augustae. L. 6. § 1. C. *de jure fisci.*

9) L. un. C. *poenis fiscalib. creditores praeferri.* (X, 7.) — Caeter. vid. L. 37. D. *de jure fisci.* — *Zimmern* röm. Process § 83. not. 4a). et infra § 202 adv. fin.

10) L. 38. § 1. D. *de reb. auct. jud. possid.* — Vid. *Dirksen* civ. Abh. II. p. 102. Qui quidem minus recte interpretatur L. 23. pr. C. *de ss. eccl.*, cum ex ea colligat, idem etiam ecclesiis concessum esse privilegium.

11) Cf. inter se L. 34. in f. D. *de reb. auct. jud. possid.* et L. 38. § 1. *eod.* — *Zimmern* p. 261.

12) L. 17. § 1. L. 18. L. 19. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.* — L. 22. § 13. *sol. matr.* (XXIV, 3.)

13) L. 42. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — L. 19. § 1. L. 20. L. 23. L. 24. pr. D. *de reb. auct. jud. possid.*

14) L. 25. D. *de R. C.* (XII, 1.) — L. 24. § 1. L. 26. L. 34. D. *de reb. auct. jud. poss.*

15) L. 32. D. *de reb. auct. jud. poss.* — L. 34. in f. *eod.*

16) L. 24. § 2. D. *de reb. auct. jud. poss.* — [L. 7. § 2. 3. et L. 8. D. *depos.* (XVI, 3.) — Lege 7. § 2 *depos.* de argento deposito quod adhuc apud depositarium est, ICtus loqui videtur. Quod compilatores Legem 8 quae cum hac interpretatione minime concordat, acceperint, hoc certe eorum negligentiae attribuendum est. — *W. T. Kraut* comment. de argentar. et nummulariis. (Goett. 1825) cap. XI. — Diss. *Neustetel* in *ejusd.* et *Zimmern.* röm. rechtl. Untersuchungen. Diss. II. — Cf. *Emmerich* in Zeitschr. für Civilr. u. Proz. T. V. diss. V. — E. G.]

17) L. 68. L. 196. D. *de reg. jur.* — Cf. supra § 82. in f. et *Auctoris* Cession § 56. p. 538—550 sqq.

18) L. 2. D. *de cess. bon.* — L. 24. § 3. D. *de reb. auct. jud. poss.* — *Auctoris* Cession § 45. in f.

19) L. 6. in f. C. *de bon. auct. jud. poss.*

20) L. 18. 20. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)

21) Itaque qui vincit te vincentem, tamen te ipsum non vincet. — L. 16. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)

§ 174.

(*) Dig. (XLII, 8.) *Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.* — Cod. (VII, 75.) *de revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt.* — *Dabelow* l. l. c. XIII. p. 376 — 477. (cf. *Hauboldi* doctr. Pand. lin. § 1012.).

illam[1]), facta gestaque sunt, plerumque rescinduntur. Quam in rem Praetor et in factum actionem proposuit, quae etiam Pauliana actio vocatur[2]), et interdictum fraudatorium[3]); cujus quidem utriusque remedii similis fere et ratio et vis est[4]). Jam vero ut omnino locus sit huic auxilio, primum omnium fraudem adhibuisse debitorem necesse est[5]), deinde et patrimonium debitoris imminutum[6]) et creditoribus damnum esse datum requiritur[7]). Fieri autem multis modis potest, ut eventum fraus habuisse videatur. Nam et res suas derelinquendo, et debitores pignorave liberando, et creditoribus jus potentius concedendo, denique quocunque potuit fraudis genere efficiendo, ut damnum accipiant creditores, in edictum committit debitor[8]). Praeterea haec etiam notanda sunt: 1) comparatum est hoc auxilium creditoribus in possessionem missis[9]), iis quidem, quorum fraudandorum causa aliquid factum est[10]), eorumque successoribus[11]). 2) Datur cum adversus ipsum debitorem[12]), tum vero adversus eos, qui vel ipsi fraudem admiserunt, vel commodum aliquod ex lucrativa causa nacti sunt[13]), itemque successores eorum[14]). Neque vero is, qui, quamvis sciens prudensque debitorem non esse solvendo, debitam pecuniam ante recepit, quam debitoris bona possiderentur, contra edictum fecisse videtur, quoniam sibi vigilavit[15]); at fieri tamen potest, ut locus sit edicto, tum quidem, si vel in ejus, qui aeque fuit vigilans praejudicium, vel nullo jure cogente solutio facta est[16]). Ac simili fere ratione maritus, qui quidem *ignorans* a *socero* fraudatore dotem accepit, non tenebitur hac actione[17]). 3) Est autem hujus actionis ea vis, ut et res alienatae cum omni causa restituendae sint[18]), et debitores in creditorum praejudicium liberati in pristinam obligationem revocentur[19]), et omnino, quoad hoc fieri possit, ea causa, quae antea fuit, instauretur[20]). In eos autem, qui fraudis haud sibi conscii liberalitatem a debitore acceperunt, non ultra id, quantum locupletiores facti sunt, actio danda erit[21]). 4) Petenda est perferendaque haec

1) L. 8. § 7. L. 9. L. 10. § 16. D. *h. t.*

2) [L. 10. pr. in f. § 12. 18. D. *h. t.* — L. 38. § 4. D. *de usur.* (XXII, 1.) et *Theophili* paraphr. ad § 6. in f. *de actionib.*—Plerique Paulianam actionem restitutionibus non adnumerantes in varios errores inducti sunt; alii et Paulianam actionem et restitutionem ob alienationem in fraudem creditorum factam dari contendunt; alii hoc quidem negantes Paulianam actionem et restitutionem in casibus inter se differentibus indulgeri; alii Paulianam actionem esse restitutionem ex capite doli; esse alii contrarium opinantur. etc. (Vid. *de Schroeter* in Zeitschr. für civilr. u. Prozess T. VI. p. 157 sqq. et *Schneider* die allgem. subsidiären Klagen des Röm. Rechts. p. 271 sqq.) — E. G.]

3) L. 67. § 1. 2. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — L. 96. pr. D. *de solut.* (XLVI, 3.)— Cf. et L. 10 D. *h. t.*

4) At vid. *Dabelow* p.447 — 449. et *de Schroeter* l. l. p. 136 sqq.

5) L. 1. pr. et § 1. L. 17. § 1. D. *h. t.*

6) L. 6. D. *h. t.*

7) L. 10. § 1. D. *h. t.*—L. 6. § 9. *eod.*—L. 67. § 1. *ad Sct. Treb.* — L. 145. D. *de reg. jur.*

8) L. 1. § 2. L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. L. 15. D. *h. t.* — L. 10. § 13. L. 22. *eod.*—L. 18. *eod.*—L. 45. § 7. D. *de aedil. edicto.* (XXI, 1.)

9) § 6. I. *de act.* et Arg. L. 5. C. *h. t.* — Latius autem in foris nostris hujus actionis usus patet. Quid? quod jam ipso jure pro nihilo habendum est, quodcunque post legitima judicii de creditorum concursu exordia debitor rei suae familiaris deminuendae causa fecit. —Cf. *Dabelow* p. 381 sqq. — *Schweppe* § 33.

10) L. 15. D. *h. t.*

11) L. 10. § ult. L. 16. *eod.*

12) L. 1. pr. in f. L. ult. in f. *eod.* — L. ult. C. *h. t.*—Vid. *Cujacii* observ. (XII, 5.)—Cf. *Schweppe* § 87.

13) L. 6. § 8. et 11. L. 9. D. *h. t.*—L. 5. C. *eod.*— L. 45. pr. *de J. F.* (XLIX, 14.) — L. 21. *eod.*

14) L. 10. § ult. —L. 11. D. *h. t.*

15) L. 6. § 6. 7. L. 10. § 16. D. *h. t.* — Caeterum vid. L. 24. D. *eod.* et *Schweppium* § 82*b*.

16) L. 24. D. *h. t.* — L. 10. § 12. *eod.* — L. 10. § 13. L. 22. D. *h. t.*—*A. D. Weber* Beiträge zu Kl. u. Einreden Nr. 7. p. 73 sqq.

17) L. 25. § 1. D. *h. t.* (cf. L. 14. in f. *eod.*).— Neque vero contrariae sunt L. 10. § 14. D. et L. 2. C. *h. t.* — Vid. *F. A. Weber* D. de dote a creditorib. impugnanda praesertim constitutione ejus vel agnitione in fraud. illor. facta (Rost. 1812. 4.) § 9. sqq.

18) L. 38. § 4. *de usur.*—L. 10. § 20. et 22. D. *h. t.* — Cf. tamen L. 25. § 4. *eod.* — *Dabelow* p. 448.

19) L. 17. pr. D. *h. t.*

20) L. 10. § 22. L. 14. D. *h. t.*—L. 25. D. *de reb. auct. jud. poss.*

21) L. 6. § 11. D. *h. t.*

actio intra utilem annum, i. e. quadriennium continuum, ex eo scilicet computandum, quo venditio facta est[22]). Qua vero ex parte locupletior quis debitoris fraude factus est, in perpetuum competit actio [23]).

§ 175. 6) *De separationibus bonorum* (*).

Permittitur nonnumquam creditoribus, bonorum separationem petere, i. e. impetrare, ut a reliquis bonis certa pecunia separetur, e qua seorsim ipsis satisfiat. Et primo quidem hereditariis creditoribus hoc jus indultum est, ut heredis, qui solvendo non esset, bona ab ipsa hereditate separari intra quinquennium peterent. Similiter subinde succursum est et patrono, cujus liberta bonorum possessionem petiisset ejus, qui facultatibus lapsus esset [1]), et creditoribus filiifamilias, qui quidem castrense peculium haberet [2]), et iis, qui plures tabernas negotiationesque exercenti crediderint [3]). Quae quidem omnia accuratius copiosiusque ibi describenda sunt, ubi eae tractantur juris materiae, in quibus singula separationum genera versantur [4]).

22) L. 1. pr. L. 6. § ult. L. 10. § 18. D. *h. t.* — Cf. § 160. not. 4.

23) L. 10. § 24. D. *h. t.*

§ 175.

(*) Dig. (XLII, 6.) *de separationibus.*—Cod. (VII, 72.)— *Dabelow* c. XII. p. 325 — 375. — *Schweppe* § 147 — 150.

1) L. 6. § 1. D. *h. t.*

2) L. 1. § 9. D. *h. t.*

3) L. 5. § 15. 16. D. *de tributoria actione* (XIV, 4.)

4) Vide infra § 701.

PARS SPECIALIS.

PARS SPECIALIS.

LIBER I.

DE PERSONIS.

CAPUT I.

DE PERSONIS HARUMQUE DIFFERENTIIS GENERATIM EXPONITUR.

DIG. (1, 5.) DE STATU HOMINUM.

§ 176. *Personae notio hujusque ipsius usus varius.*

Personam, quae quidem a personando dicitur [1]), potestatem juris vocamus, sive facultatem et jurium exercendorum et officiorum subeundorum hominibus jure legeque accommodatam et velut impositam. Ex quo intelligitur, quid sit, quod persona abjudicetur iis, qui aut prorsus nullo aut valde imperfecto gaudeant jure [2]); contra mirum videri non debet, tum, non modo singulis hominibus, verum etiam pluribus, qui vel una sunt vel deinceps. quin etiam rebus causisque, nonnumquam tribui personam (C. II. S. II.), tum vero ad singula jura officiaque trahi solere personae vocabulum [3]). Quoniam itaque unus homo plures sustinere potest personas [4]), consequens est, 1) ut singulae personae, tamquam a diversis hominibus, ita ab uno illo exerceri queant, nisi quatenus aut lex aut causae ipsius natura, quo minus id fiat, impedimento sit [5]); praeterea 2) ut, quod alteram agentes personam gesserimus aut gerere instituerimus, ex altera minime

§ 176.

1) *Gellii* N. A. V, 7.

2) Vid. *Theophilus* ad § 2. I. *de hered. instit.* — *Idem* ad pr. I. *de stipul. servor.* — Caeterum usu loquendi vulgari personae vocabulum eo traduci coepit, ut etiam hominem significet, velut L. 22. pr. D. *de reg. jur.* — Cf. *H. Grotii* flores sparsi ad Inst. Justin. p. 16.

3) *Cic.* de or. 1, 37. (« — qui hanc personam susceperit, ut amicorum controversias causasque tueatur. ») II, 24. (« — tres personas unus sustineo summa animi aequitate. ») De offic. 1, 30. (« — duabus quasi nos a natura indutos esse personis ») et 32. (cf. *Ernesti* Cl. Cic. v. *Persona* nr. 1.). — L. 7. § 5. D. *de lib. leg.* (XXXIV, 3.) — L. 3. C. Th. *de matern. bon.* (VIII, 18.) « — majorem sibi in rebus filiorum vindicare personam. »

4) *J. H. Hertii* D. de uno homine plures sustinente personas (opusc. Vol. I. T. 3. p. 27 — 44.). — *C. S. Zachariae* Lib. quaestion. Qu. VI. p. 49 sqq.

5) a) L. 3. D. *de adopt.* (I, 7.) — L. 2. D. *de offic. Praetor.* (I, 14.) — L. 2. D. *de offic. Praesid.* (I, 18.) — L. 5. *de manum. vind.* (XL, 2.) et Arg. c. 13. X. *qui fil. sint legitimi.* (IV, 17.) — L. un. § 2. D. *de offic. consul.* (I, 10.) — Cf. *Hert.* Sect. I. § 5. Sect. IV. § 2. — b) L. 12. pr. D. *de leg.* I. — *Koch* succ. ab int. auctar. III. S. I.

debeat aestimari [6]). Quodsi de persona, qua quis utatur, ambigitur, tum ex ejus, quod geritur, natura atque fine res erit judicanda [7]).

§ 177. I. *De hominum conditione naturali.* A) *Quibus ex causis omnino pendeat humanitas.*

Hominum jura tribui non possunt, nisi ei, qui et vivus natus est [1]), et specie humana indutus [2]). Et I) vivi quidem nati esse censentur, qui, postquam vel naturae ope vel artificio aliquo [3]) in lucem editi sunt, aerem spiritu duxerunt [4]). Quamquam autem ventrem, i. e. animal, quod in utero est, mulieris portionem esse vel viscerum, nec recte dici hominem, veteres existimavere [5]), iidem tamen, ne et spes animalis praecideretur [6]), nec ipse venter commodis privaretur, quae quandoque ad eum pertinere possent [7]), summa diligentia caverunt. Quid? quod ad concipiendi tempus natorum jura referenda esse putarunt [8]). Caeterum cum ignoratur, uter ex geminis fratribus priori loco natus sit, eum jurium, de quibus quaeritur, divisio commode fieri nequit, nec parentis dominive arbitrio ea de re statui potest, sortis oraculo res erit committenda [9]). II) Quodcunque autem animal contra humani generis naturam ac formam [10]) a muliere procreatum est,

6) a) § 4. I. *de inoff. testam.* — L. 16. D. *de in jus voc.* (II, 4.) — b) L. 9. pr. D. *de transact.* (II, —15.) c) *Hert.* l. l. p. 1. § 4.

7) a) *Gellii* N. A. II, 2. — b) L. 39. in f. D. *de pign. act.* (XIII, 7.)

§ 177.

1) L. 129. D. *de V. S.* — *Paulli* rec. sent. IV, 9. § 6. et ib. *Cujacius* (ap. *Schulting.* Jurisprudentia antejust. not. 20.).

2) Tertiam etiam addunt humanitatis velut necessariam conditionem: ut, qui editus sit partus, vim in se habeat vitalem. Enimvero quae hujus rei confirmandae causa maxime ex L. 12. D. *de statu hom.* petitur ratio, ea non ad humanitatis jura definienda, verum ad familiarum jura tuenda pertinet. — Cf. et *J. A. Seuffert* Erört. einzelner Lehren des Röm. Privatr. Abth. 1. Nr. IX. § 1. et *Dachne* über die Lebensfähigkeit in jurist. Beziehung. in Themide. *Elvers.* T. II. Nr. XIV. — Igitur qui ante legitimum tempus (L. 12. D. cit.) perfecte nascitur, ex justis nuptiis haud censetur procreatus esse. Quodsi immaturus editur partus, at vita ei sustentatur, haud dubitandum, quin legitimorum liberorum jura ei sint tribuenda. Sin vero, eum perfecte non sit natus, at spiritum quidem duxit, mox autem extinctus sit, ex corporis qualitate peritorumque judicio, num humano familiarique jure fruatur, statuendum erit.

3) L. 141. D. *de V. S.* (« Etiam ea mulier, cum moreretur, creditur filium habere, quae exciso utero edere possit. ») — L. 2. D. *de mort. infer.* (XI, 8.)

4) L. 12. § 1. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2.) — L. 3. C. *de posth. hered. inst.* (VI, 29.) — Cf. *F. Merillii* expositt. in L. Decis. Justin. Nr. XXVIII. p. m. 365 sqq. — *G. Mascovii* diatr. de Sect. Procul. et Sabin. c. IX. § XVI. XVII. — *Hugo* civilist. Mag. Bd. V. p. 120. — *Id.* Rechtsgesch. p. 836. not. 7. (ed. XI.)

5) L. 1. § 1. D. *de inspic. ventre.* (XXV, 4.) — L. 9. § 1. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV, 2.) — Cf. *Eckhard* Herm. jur. § 137.

6) a) L. 2. D. *de mort. infer.* (XI, 8.) — b) L. 3. D. *de poen.* (XLVIII, 19.) — L. 18. D. *de statu hom.* (I, 5.) — *A. Menagii* amoen. jur. civil. c. 21. — c) L. 4. D. *de extraord. crim.* (XLVII, 11.) — L. 8. D. *ad L. Cornel. de sicar.* (XLVIII, 8.) — L. 39. D. *de poenis* (XLVIII, 19.) — (*J. Cujacii* observ. XIX, 9.). — De L. 38. § 5. *eod.* («Qui *abortionis, aut amatorium poculum* dant, etsi dolo non faciant, tamen, quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum relegantur: quodsi eo *mulier aut homo* perierit, summo supplicio adficiantur. »), — Vid. *Basilic.* VII. p. 858. et *Spangenberg* im N. Archiv. d. Crim. R. T. II. p. 21. et 26. et cf. *Walchii* not. ad *Eckhardi* Herm. § 137. — De foetu *formato* et *informato* vid. c. 8. C. XXXII. qu. 2. — *A. F. T. Mallinkrot* D. de statu nondum natorum indeque dependentibus jurib. et obligat. Giess. 1750.

7) a) L. 7. D. *de statu hom.* — Dig. (XXXVII, 9.) *de ventre in possess. mitt. et cur. ejus.* — Cf. *C. H. Breuning* spec. de donat. nascituro facta. Lips. 1758. — b) L. 3. D. *si pars hered. petat.* V, 4.) — L. 7. pr. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) — L. 36. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — (ex L. 4. D. *si pars hered. pet.* esplicanda.).

8) Pr. I. *de ingen.* — L. 18. D. *de statu hom.* — L. 7. § 1. D. *de senator.* (I, 9.) — L. 26. D. *de statu hom.*

9) Cf. *Andr. Tiraquellus* de jure primogeniturae Qu. XVII. opin. 1. — *Chr. Thomasius* D. de prioritate ac posteritate temporis dubia atque incerta (in Disp. Lips. Nr. V.) C. II. — (Preuss. Landr. I, 1. § 15. 16.) — Neque vero L. 10. § 1. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) quidquam facit ad hanc quaestionem dirimendam. Vid. *Thomasius* § 64 sq.

10) Quam quidem ex capitis figura atque indole aestimare solent, propter L. 44. D. *de relig.* (XI, 7.)

id omnino non fruitur hominum juribus [11]), licet parentibus nonnumquam prodesse possit [12]).

§ 178. B) *De differentiis hominum naturalibus.* 1) *Aetas* (*).

Aetatis ratione habita homines vel majores sunt, id est, post annum vicesimum quintum impletum [1]), vel minores. Item minores, qui quidem variis fruuntur privilegiis [2]), dividuntur bifariam. Aut enim impuberes sunt, sive in prima aetate constituti, aut puberes, sive in secunda aetate [3]), iidemque et adolescentes et adulti plerumque appellantur, donec ad *legitimam aetatem* pervenerint [4]). Et puberes, mares quidem post decimum quartum aetatis annum, foeminae post duodecimum dicuntur [5]). Impuberes, qui quidem infra septimum annum aetatis sunt, infantium nomine veniunt [6]); post hanc aetatem infantia majores vocantur, quo in genere item distinguuntur et *proximi infantiae*, i. e. qui non multum excesserunt infantiam, et *pubertati proximi*, i. e. qui prope a puberi aetate absunt [7]). Infans igitur nihil fere agit [8]); infantia majores et sibi acquirere et alios obligare sua auctoritate possunt [9]). Ipsi vero ut obligentur plerumque tutoris auctoritas interveniat necesse est [10]); ac praeterea obligantur aut ex acqui-

11) L. 14. D. *de statu hom.*—Vid *Basilic.* T. VI. p. 141. et ib. Schol. 5. p. 147. in f. et 148. — Cf. L. 38. D. *de V. S.* — Cf. *J. C. Hedler* jura hominis bicipitis. Vit. 1750. 4. — *A. Meckel* Lehrb. der gerichtl. Medicin § 298. — Preuss. Landr. I, 1. § 17. 18.

12) Scilicet in his removendis, quae contra naturalem aequitatem in parentium incommodum statuta sunt: L. 135. D. *de V. S.* (*Ulp.* Lib. IV. ad L. Jul. et Pap.); id quod longe secus est in iis legum decretis, quibus in eorum commodum, qui certum liberorum numerum procreaturi sint, aliquid novi introductum est. L. 14. *de statu hom.*; quacum cf. *Paulli* sent. rec. IV. T. 9. § 3. — Vid. et *Schulting* enarr. part. primae Pand. I, 5. § 3. —*Heineccii* comment. ad L. Jul. et P. P. II. c. 14. § 4. — *Walch* ad *Eckhardi* Herm. jur. § 199.

§ 178.

(*) *J. O. Schacht* de eo, quod justum est circa varias hominum aetates. Ed. noviss. Helmst. (s. d. et C.). — *W. G. Ploucquet* vom menschl. Alter u. den davon abhangenden Rechten. Tub. 1779. 8. — *Mende* ausführl. Handbuch der gerichtl. Medizin Th. II. p. 187 — 222.

1) L. 1. § 2. 3. L. 3. § 3. D. *de min.* (IV, 4.) — (§ 87. not. 2.) — Cf. *Zimmern* röm. Rechtsgesch. § 121.—*Burchardi* Wiedereinsetzung in den vor. Stand. § 13. p. 201 sq. not. 2.—*de Savigny* von dem Schutz der Minderjährigen im Röm. Recht und insbesondere von der Lex Plaetoria. Berl. 1833. 4.

2) Cf. § 96. not. 14. § 158. not. 10. — *G. N. Appold* (Pr. *N. C. Lyncker*) D. exhib. jura ac privilegia minorum. Jen. 1695. — *Gesterding* l. l. § 10 — 14.

3) L. 30. C. *de episc. audient.* (I, 4.) — L. 10. C. *de impub. et al. subst.* (VI, 26.)

4) L. ult. in f. D. *de appell.* (XLIX, 1.) et *Brisson.* v. *adolescens* et *adultus.* — Cf. L. 1. § 3. Th. C. *de his, qui ven. aet. impetr.* (II, 17.)— *J. P. de Ludewig* differentiae juris in aetate puberum et major. *rel.* Hal. 1725. — *Dirksen* Beyträge zur Kunde des Röm. R. (Leipz. 1825.) nr. VII. p. 286—288.

5) *Gaji* Instit. I. § 196.—*Ulpiani* Fr. XI, 28.—Pr. I. *quib. mod. tut. fin.*—L. ult. C. *quando tut. esse desin.* (V, 60.) — *Dirksen* Beitr. etc. p. 51 — 55. (§ 1. nr. I.) p. 135—157. (nr. 3.)—*Zimmern* R. G. § 120. Cf. L. 5. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.). (§ 87. not. 5.)

6) *L. A. Senecae* epist. 121. — L. 14. D. *de sponsalib.* (XXIII, 1.) — L. 1. § 2. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — L. 8. Th. C. *de matern. bon.* (VIII, 18.) — L. 18. pr. et § 4. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — L. 1. § 13. D *de O. et A.* (XLIV, 7.) —L. 6. D. *rem pup. salv. fore.* (XLVI, 6.)— L. 5. D. *de reg. jur.*—Cf. *Theophili* Paraphr. ad § 9. I. *de inutil. stipul.* et vid. *J. Gothofredum* ad L. 8. Th. C. VIII, 18. —*Schacht* l. l. c. I. § 2—4.—*Glück* Pand. p. 211. not. 27.—*Unterholzner* in d. Zeitschr. f. hist. R. W. I. Nr. III. Heidelb. Jahrb. de 1815. p. 664—683.—*Savigny* Besitz § 21. p. 242. not. 1. (ed. V.)

7) § 10. I. *de inutil. stipul.*—§ 18. in f. I. *de obl., quae ex del.*—L. 13. § 1. D. *de dolo malo* (IV, 3.) — L. 111. pr. D. *de reg. jur.* — Cfr. inter se *Glossa* ad § 10. I. *de inutil. stipul.*—*J. Gothofredi* comment. ad L. 111. pr. D. de regul. jur. (in opusc. minor. ed. *Trotz* p. 1028 sqq.).—*Schacht* l. c. c. II. § 1.—*J. Averanii* interpr. jur. II, 14. nr. 1—3.—*Hoepfner* Comment. § 62. nr. 6.—*Gensler* in Archiv f. civilist. Praxis T. IV. Nr. XVIII.—*Unterholzner* l. l. p. 47 sq.—Heidelb. Jahrb. l. l. p. 683.—*Gesterding* l. l. § 5.—*Dirksen* Rhein. Museum I. p. 310 sqq. (cf. Krit. Zeitschr. f. hist. R. W. IV. p. 48 sqq.). — Vid. et infra not. 13.

8) L. 209. D. *de V. S.*—§ 10. I. *de inutil. stipul.* Cf. § 91. not. 1. — Caeter. vid. L. 32. § 2. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) et § 259. not. 14.

9) a) § 9. I. *de inutil. stipul.*— L. 9. pr. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.) — b) L. 1. § 4. D. *de exercit. act.* (XIV, 1.) — L. 7. § 2. L. 8. D. *de inst. act.* (XIV, 3.)

10) Not. 9. a. — Cf. § 10. in f. I. *de inutil. stipul.* et L. 141. § 2. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Vid. tamen L. 18. in f. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — *Vinnius* ad § 9. *de inutil. stipul.* nr. 3.

tate [11]), aut ex lege [12]), aut ex dolo suo, quem quidem nec infans nec proximi infantiae admittere creduntur; de reliquis, num dolo egerint, judex anquirat, sic tamen ut eos, qui proxime absunt a pubertate, tamquam si puberes sint, doli esse capaces judicet [13]). Atque in secunda aetate aliud etiam discrimen statui solet, scilicet plenae et minus plenae pubertatis, quod quidem ita plerique definiunt, ut in masculis duodevicesimo in foeminis decimo quarto anno completo plenam pubertatem incipere dicant [14]). Denique in juribus officiisque aestimandis nonnunquam et seniorum senectutisque ratio habetur, cujus quidem certum terminum *generatim* nullum Romani posuerunt [15]).

179. 2) *Sexus* (*).

Quamquam ea, quae masculino vocabulo usus statuit legislator, etiam ad foeminas plerumque pertinent [1]), tamen multae eaeque gravissimae jurium differentiae inter utriusque sexus, et virilis et muliebris, personas cum olim obtinuerunt [2]) tum hodieque obtinent. Etenim in aliis juris partibus deterior est foeminarum conditio, quam masculorum [3]), in aliis melior; nam et citius illae quidem ad pubertatem perveniunt (§ 178. not. 5.), et variis gaudent privilegiis, cum propter consilii infirmitatem ne decipiantur aut labantur [4]), tum pudoris et castitatis, quantum fieri potest, tuendae causa [5]). Hermaphroditus autem, id

11) L. 46. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — (*A. D. Weber* naturl. Verbindl. § 71.) — L. 3. § 4. in f. D. *de neg. gest.* (III, 5.)

12) L. 2. § 19. *de vi bon. rapt.* (XLVII, 8.)

13) § 10. I. *de inutil. stipul.* — § 18. I. *de O., quae ex del.* — L. 14. *de Scto Silan.* (XXIX, 5.) — L. 4. § 26. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — Cf. L. 5. § 2. in f. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — L. 1. § 2. D. *de trib. act.* (XIV, 4.) — L. 1. § 6. D. *ne vis fiat ei* (XLIII, 4.) — L. 23. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 3. § 19. D. *de vi bon. rapt.* (XLVII, 8.) — L. 3. § 1. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — Cf. e scriptoribus supra (not. 7.) laudatis inprimis *J. Gothofredum.*

14) Propter L. 40. § 1. D. *de adopt.* — a) L. 40. § 1. cit. § 4. I. *de adopt.* — b) L. 57. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — c) L. 14. § 1. D. *de alim. leg.* (XXXIV, 1.) — Vid. *Glück* Pand. II. § 130. p. 221. ed. 2. — Caeter. cf. § 7. I. *qui et quib. ex causs. manum. non poss.* — L. 1. § 3. D. *de postul.* (III, 1.) — L. 2. C. *de his, qui ven. aet.* (II, 45.) — L. un. Th. C. *eod.* (II, 17.). (Quo in loco, et quidem § 3., haec leguntur: « Cui aetati, quoniam inter plenam perfectamque adolescentiam et robustissimam juventutem media est, *firmatae* aetatis appellationem imponimus, ut prima aetas *pueritiae* sit, sequens *adolescentiae*, *firmata* haec tertia, quarta *legitima*, quinta *senectus* habeatur. ») — *Dirksen* l. l. p. 289 sq.

15) Cf. L. 69. § 1. D. *de legat.* III. — L. 8. § 10. D. *de transact.* (II, 15.) (« — nam aliter cum puero, aliter cum juvene, aliter cum sene transigi, palam est. ») — *Thibaut* Archiv für civilist. Pr. VIII. Nr. II. — Caeterum quod discrimen attinet inter juvenes et provectioris aetatis homines, senesque vid. a) *A. Gellii* N. A. II, 15. — L. 5. pr. D. *de jure immunit.* (L, 6.) — b) *Gellii* N. A. X, 28. — c) L. 2. pr. D. *de excusat.* (XXVII, 1.) — L. 3. D. *de jure immunit.* — L. 2. § ult. D. *de decur.* — L. 2. (cf. infra § 194. not. 9. a.). — d) L. 15. § 2. D. *de adopt.* (I, 7.) — e) L. 8. D. *de testib.* (XXII, 5.) — f) L. 3. § 7. D. *de Scto Silan.* (XXIX, 5.) (« Ignoscatur etiam his, qui aetate defecti sunt. ») — L. 2. D. *de term. moto* (XLVII, 21.) — c. 24. D. LXXXVI. — *G. A. Struvii* Tr. exhibens jura ac privilegia senectutis. Jen. 1737. — *E. G. C. Kluget* (Pr. *A. F. Rivino*) de senectute non honorata. Vit. 1759. — *Meckel* gerichtl. Medicin p. 408. not. *. (Cf. *Glück* Pand. II. p. 228. not. 88.).

§ 179.

(*) *H. T. Schellhaffer* meditt. de origine ac fonte juris circa mulieres diversi. Lips. 1738. (Cf. *Hauboldi* doctr. Pand. lin. § 40. not. a.)

1) L. 1. L. 195. pr. D. *de V. S.* — At vero « exemplo pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri. » L. 45. pr. D. *de leg.* II.

2) V. c. *Gaji* Inst. I. § 91. § 109 sqq. § 144. sqq.

3) L. 9. D. *de statu hom.* (I, 5.) — a) L. 2. D. *de reg. jur.* — L. 1. § 5. D. *de postul.* (III, 1.) — L. 12. § 2. in f. D. *de jud.* (V, 1.) — L. ult. D. *de tut.* (XXVI, 1.) — b) § 103. not. 10. — c) L. 6. D. *de popul. act.* (XLVII, 23.) — d) § 10. I. *de adopt.* — § 3. I. *de hered. qual. et differ.* — L. 195. in f. et L. 196. § 1. D. *de V. S.* — e) L. 1. D. *de senator.* (I, 9.) — L. ult. D. *de fide instrum.* (XXII, 4.) — L. 5. D. *de ritu nuptiar.* (XXIII, 2.) — L. 14. § 1. in f. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — f) L. 9. pr. D. *de his, qui not. infam.* (III, 2.) — Caeter. vid. L. 18. D. *de testib.* (XXII, 5.) et *Dirksen* Beiträge etc. Nr. V. p. 235 sqq.

4) a) L. 1. § 1. L. 2. § 3. D. *ad Sct. Vellej.* (XVI, 1.) — (Cf. *A. D. Weber* Beitr. zu d. Lehre v. Klagen u. Einreden I. p. 25. not. 8.) — b) Pr. I. *quib. alien. lic. vel non.* — L. un. § 1. et 15. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.) — c) § 95. not. 15. — d) L. 3. § 3. *de munerib.* (L, 4)

5) Velut Nov. 134. c. 9. — Cf. *J. C. Quistorp.* Beitr. zur Erläuter. versch. Rechtsmat. St. IV. (1780.) Nr. XI. — Vid. et Neues Arch. des Crim. R. VI. nr. 6. 12.

est, homo ambiguo sexu inter marem et foeminam [6]), ad cum sexum referendus erit, qui in eo praevalet [7]).

§ 180. 5) *Integritas* a) *corporis* (*).

In hominum juribus aestimandis saepenumero etiam id considerandum est: sintne integra aut valetudine aut mente homines, nec ne sint. Et corporis quidem integritas aut morbo aut vitio impeditur. Morbus est totius corporis cum accessu discessuque vel corruptio vel imbecillitas; vitium vero perpetuum est, quippe quod aut ex partium inter se dissidentium conglutinatione, aut ex membrorum sensuumque vel defectu vel imperfecta quadam specie adpareat [1]). Jam vero qui morbo laborant, eoque sontico [2]), et nonnullis gaudent privilegiis, et curatorum auctoritate interdum circumscribuntur [3]). Itemque ii, qui vitio aliquo corporis affecti sunt, pro varia vitiorum indole variis utuntur juribus singularibus [4]). In vitiorum autem numero, quae quidem inprimis excitarunt legislatorum curas, est generandi defectus. Quo qui laborant variis quidem nominibus et spadonum, et castratorum, et eunuchorum [5]), et thlibiarum, et tblasiarum appellantur [6]). Atque in ipsis rebus causisque definiendis non nisi duobus illis prioribus uti solent juris nostri auctores, hoc pacto, ut castratorum nomine ii veniant, quibus nulla recuperandae sanitatis procreandaeque sobolis relicta sit spes [7]).

§ 181. b) *mentis* (*).

Qui mentis lumine carent furiosi, dementes, mente capti passim a juris nostri

6) *J. D. Metzger* Syst. der ger. A. W. § 503 sqq. (ed. 3.) — *Meckel* Lehrb. der ger. Med. § 310 — 314.

7) L. 10. D. *de st. hom.* — L. 15. § 1. D. *de testib.* (XXII, 5.) (« Hermaphroditus, an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit. » Vid. inprim. *Schol. Basilic.* T. II. p. 555. not. 9. et cf. *Schulting.* not. ad *Pauli* rec. sent. III. T. IV. A. not. 46. Jurisprud. antejust. p. 344.) — L. 6. § 2. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2.). — Cf. Preuss. Landr. I, 1. § 19 sqq.

§ 180.

(*) *T. Hermann* (*Pr. J. F. Weidler*) defectuum corporis contemplatio juridica. Vit. 1738. 4.

1) *Cic.* Tusc. quaest. IV, 13. — *Gellii* N. A. IV, 2. — L. 1. § 7. L. 6. pr. D. *de aedil. ed.* (XXI. 1.) — L. 101. § 2. D. *de V. S.* « Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum: velut si talum [*al.* oculum] excussit; nam et luscus [*al.* luxus] itaque [*al.* utique] vitiosus est. » *C. v. Bynkershoek* obs. jur. Rom. III, 1. — Caeterum quamvis definitiones istae proprie quidem non nisi ad aedilitii edicti interpretationem spectant, multo tamen latius patet harum rerum usus. — Vid. infra, not. 3. et 4.

2) *Gellii* N. A. XVI, 4. XX, 1. in m. — L. 60. D. *de re jud.* (XLII, 1.)

3) a) L. 60. D. *de re jud.* — b) L. 2. 3. C. *qui morbo se excus.* (X, 50.) — c) L. un. C. *quando imp. int. pup.* (III, 14.) — d) § 4. I. *de cur.*

4) a) L. 1. 2. C. *qui morbo se excus.* — b) L. un. C. *qu. imp. int. pup.* — c) L. 12. § 2. D. *de jud.* (V, 1.) — L. 1. § 5. D. *de postul.* (III, 1.) — d) § 6. I. *qui test. fac. poss.* (VI, 22.) — L. 10. C. *eod.* (VI, 22.) — L. 9. C. *de test.* (VI, 23.) — e) § 4. I. *de cur.* — L. 5. in f. D. *de postul.* — *L. L. Mencken* de muto, surdo, et muto simul surdo jurante. Vit. 1738. — *Rembt Tob. Guyot* D. de jure surdo-mutorum. Groening. 1824. 8. — *F. H. M. Kersten* de visu privatis eorumque juribus. Lips. 1775.

5) Tit. Cod. *de eunuchis* (IV, 42) — Cf. *Brisson.* v. *eunuchus.* — *A. Menagii* jur. civ. amoenitates c. 39. v. *eunuchus.*

6) L. 128. D. *de V. S.* — De thlibiis cf. *Theophilus* ad § 9. I. *de adopt.* — Vid. tamen *Mart. Schurigii* Spermatologia c. 8. § 15. et *Gruneri* Pand. med. p. 26.

7) a) L. 39. § 1. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — b) L. 2. § 1. L. 40. § 2. D. *de adopt.* (I, 7.) — c) L. 6. § 1. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2.) — d) L. 6. § 2. L. 7. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — *A. Augustini* emendat. Lib. III. c. 4. (*Otto* thesaur. IV. p. 1508 sqq.) — *J. C. Kriele* (*Pr. J. P. Slevogt*) de spadonibus. Jen. 1690.

§ 181.

(*) *Sam. Stryk* de dementia et melancholia. Frcf. 1672. — *G. H. v. Berg* jurist. Beobacht. u. Rechtsf. III. Nr. XXII.

auctoribus vocantur [1]), eisque comparantur prodigi [2]). Igitur qui penitus et continua mentis alienatione rerum recte percipiendarum intelligentia carent, nihil posse agere videntur [3]); quodsi intermissiones sint furoris, quae his quidem temporibus geruntur, recte fiunt [4]). Quemadmodum autem furor non praesumitur, ita etiam furoris, de quo quidem certe constet, velut inducias intervenisse existimandum non est, nisi de his legitimo modo fides fiat judici [5]). Hebetiores [6]) vero, si quidem mediocritatem officiorum et vitae communem cultum atque usitatum tueri possunt, rerum suarum esse rectores moderatoresque minime prohibentur [7]).

§ 182. II. *De hominum conditione civili.—Caput s. status.*

Hominum jura civilia, quaecunque sunt, tribus hisce tamquam involucris continentur : libertate, civitate, familia [1]), qui quidem status appellantur [2]). Est autem praeterea vulgaris quaedam hujus vocabuli significatio, qua et ipsi juris nostri auctores variis loquendi formis uti solent [3]), quamque vel maxime sequuntur recentiores JCti, hoc modo disserentes : statum esse qualitatem, cujus ratione homines diverso jure utantur, cumque dividi bifariam, in naturalem et civilem. Naturales esse status velut humanitatis, nativitatis, aetatis, sexus, integritatis. Itemque civilem statum esse duplicem, vel publicum, vel privatum. In priori illo genere principales quidem status, scilicet libertatis et civitatis, separandos esse ab iis, quos minus principales vocant, velut existimationis, religionis, ordinis ; ad posteriorem vero referendum esse familiae statum [4]).

1) *Cic.* Tusc. quaest. III, 5. — *Festus* de V. S. v. *mentecaptus* (ap. *Gothofr.* auctt. lat. ling. p. 317.) —L. 14. D. *de offic. Praesid.* (I, 18.)—L. 27. § 5. D. *de recept.* (IV, 8.) — L. 2. D. *de inoff. test.* (V, 2.) — L. 22. § 7. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.). (« — et si quidem intervallum furor habeat, *vel perpetuus quidem morbus est.*— ») — L. 8. § 1. D. *de tut. dat.* (XXVI, 5.) — L. 6. L. 7. § 1. D. *de cur. fur.* (XXVII, 10.) — L. 17. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — L. 18. § 1. D. *de a. u. a. p.* (XLI, 2.) — L. 17. § 11. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — L. 28. C. *de adm. tut.* (V, 37.) — L. 2. C. *de contr. emt.* (IV, 38.) — Vide et *de Savigny* Abhandl. von dem Schutz der Minderjährigen. p. 21 sq. — Quamvis igitur non negaverim, naturale quoddam discrimen esse inter furorem atque dementiam, tamen, quod quidem vulgo statuunt, furiosos a juris nostri auctoribus eos prae caeteris esse appellatos, qui cum intermissione insaniant, id ex his certe, quos adduximus, locis minime erui poterit. Equidem magis adjuvatur vulgaris sententia quibusdam Justiniani constitutionibus : L. 12. pr. in f. D. *de excuss.* (XXVII, 1.) — L. 28. C. *de episc. audient.* (I, 4.) — L. 25. C. *de nupt.* (V, 4.) — Caeter. cf. *Berg* l. l. § 7 — 11. et *Ulr. Huber* Digr. Justin. III. c. 28. § III.

2) L. 1. D. *de cur. fur. dand.* (XXVII, 19.) — L. 40. D. *de reg. jur.*

3) § 8. I. *de inutil. stipul.* — L. 5. L. 40. D. *de reg. jur.*—L. 60. D. *de R. V.* (VI, 1.)—L. 5. § 2. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — L. 61. in f. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.)—(Cf. § 91. not. 1.)—L. 20. D. *de statu hom.* (I, 5.) — L. 8. D. *de his, qui sui vel al. jur. sunt.* (I, 6.)

4) L. 6. C. *de cur. fur. vel prod.* (V, 70.)

5) *Chr. Thomasii* de praesumt. furoris atque dementiae. Hal. 1719. (et in Diss. acad. T. IV.).— *C. L. Crell* obs. de probat. sanae mentis. Vit. 1737. — *Berg* § 12.

6) Quorumquidem varia est in jure nostro appellatio. Vid. v. c. L. 25. § 1. D. *de probat.* (XXII, 3.) — L. 3. § ult. D. *de suspect. tut.* (XXVI, 10.) — L. 6. § 19. D. *de excus. tut.* (XXVII, 1.) — Cf. *Auctoris* diatr. de jur. et f. ign. (Archiv f. civilist. Pr. II. Nr. 35.) p. 446 sqq.

7) Arg. L. 13. pr. C. *arbitr. tut.* (V, 31.)— Sed vid. L. 2. D. *de postul.* — Cf. *Stryk* l. c. c. III. § 8. 9.—*C. F. Hommel* Rhaps. quaestion. obs. 283. — *Struben* rechtl. Bed. Bd. I. Nr. 138. — Vid. et *Strykii* D. de jure Analphabητῶν. Frcf. 1677.

§ 182.

1) L. 11. D. *de cap. min.* (IV, 5.) « Capitis deminutionis tria genera sunt : maxima, media, minima ; *tria enim sunt, quae habemus : libertatem, civitatem, familiam.* — Cf. L. 4. Th. C. (ex ed. *Wenckii*) *ad Sct. Claud.* (IV, 11.) « Quaecunque — — — *statum libertatis amittat.* »

2) Vid. not. 1. in f.—L. 2. D. *de in int. rest.* (IV, 1.) — L. 9. § 4. D. *de min.* (IV, 4.) — L. 1. L. 4. D. *de cap. min.* (Cf. et § 184.) — *P. J. A. Feuerbach* civilist. Versuche Nr. VI. — *u. Loehr.* Magazin für R. W. u. Gesetzgeb. Bd. IV. Nr. I.

3) *Brissonius* v. *status* § 2. 3. — Neque vero in his loquendi formulis : « cum ad statum suum pervenisset » (L. 77. § 14. *de leg.* II.), « cum ad legitimum statum pervenerit » (L. 5. C. *quando dies leg. ced.* (VI, 53.), a vulgari vocabuli significatione receditur, licet ’ελλειπτικῶς loquantur horum locorum auctores.

4) *Hoepfner* Comment. § 62.—*J. P. Waldeck* instit. jur. civil. Heinecc. § 54.

§ 183. *De actionibus ex statu oriundis.*

De statu, iisque juribus, quae ex illo apta pendent, vel maxime praejudicialibus [1]) disceptatur, quae quidem in affirmativas et negativas, item in directas et contrarias a recentioribus dividi solent [2]). Praejudiciis itaque quaeritur et de libertate atque ingenuitate [3]), et de civitate [4]), et de jure familiarum, hoc pacto, ut non modo de potestate, quae in liberas personas competat [5]), verum etiam de ipsorum jure, qui potestati subjiciuntur, praejudicialibus actionibus certetur [6]). Quibus in actionibus quaedam jure singulari obtinentur [7]). Nam et judicis sententia ei, cui adjudicatur status, contra alios quoque prodest [8]), nec de statu defunctorum post quinquennium quaerere licet [9]), sic tamen, ut honestior quidem status ei quoque, qui ante quinquennium decesserit, utique vindicari possit [10]).

§ 184. III. *Persona quomodo exstinguatur.* — *Capitis deminutio* (*).

Exstinguitur persona morte, vel naturali [1]), vel civili, quae dicitur capitis deminutio, sive status permutatio [2]). Est autem capitis deminutio triplex : maxima, media, minima [3]). Maximam qui patitur, una et libertatem et civitatem amittit [4]). Media est capitis deminutio, quae jus civitatis perimit, quod fit velut aquae et ignis interdictione, tum etiam deportatione [5]). Minima est, qua jura familiae atque agnationis tolluntur [6]), quae quidem capitis deminutio, cum publica jura non perimat [7]), et *salvo statu contingens* dicitur [8]), tum vero minor,

§ 183.

1) Vid. supra § 138. not. 5 — 9. ad easdemque context.

2) *J. L. Schmidt* Lehrb. von gerichtl. Klagen u. Einr. § 220—245.—Cf. et *J. H. Boehmeri* Doctr. de act. Sect. II. c. I. § 6.

3) § 13. I. *de act.* — a) Dig. (XL, 12.) et Cod. (VII, 16.) *de liberali causa.* — Cod. (VIII, 17.) *de adsertione tollenda.* Dig. (XL, 13.) et Cod. (VII, 18.) *quibus ad libertatem proclam. non lic.* — Dig. (XLIII, 29.) *de homine lib. exhib.*—b) L. 6. D. *si ingen. esse dic.* (XL, 14.) — Cf. L. 6. C. *ubi causa stat. agi deb.* (III, 22.)

4) a) *Suetonii* Vesp. c. 3.—L. 1. 4. C. *ne de statu def.* (VII, 21.) — b) L. 37. pr. D. *ad municip.* (L, 1.) — Cujus quidem actionis usus nostris moribus etiam ad ordinum magistrorumque operariorum jura tuenda producitur. Vid. *Gluck* Pand. III. § 272. not. 31. p. 508. ed. II.

5) L. 1. § 2. D. *de R. V.* (VI, 1.)

6) L. 3. § 2. 4. 5. D. *de agn. et al. lib.* (XXV, 3.) — § 13. I. *de act.* — Cf. L. 9. C. *de patria potest.* (VIII, 47.)

7) Vid. et L. 3. et 4. C. *ubi causa stat. agi debeat.*

8) a) L. 25. D. *de st. hom.* (I, 5.)—L. 3. C. *de ingen. manum.* (VII, 14.) — b) L. 1. in f. L. 2. et 3. pr. D. *de agn. et al. lib.* — Cf. supra § 153. not. 4.

9) Dig. (XL, 15.) et Cod. (VII, 21.) *ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.*— Cf. L. 1. § 1. et 2. D. *h. t.*—*Zimmern* R. G. § 118.

10) L. 3. D. *ne de st. def.* rel.

§ 184.

(*) Inst. (I, 16.) *de capitis deminutione*, et Dig. (IV, 5.) *de capite minutis.*

1) *Cujacii* observat. (III, 34.)

2) Pr. I. et L. 1. D. *h. t.*

3) Pr. I. et L. ult. D. *h. t.*

4) § 1. I. *h. t.*

5) *Ulpiani* Fragm. XI. § 11.—§ 2. I. *h. t.* — L. 5. § 1. D. *h. t.*—L. 7. pr. § 2—5. D. *de interdictis et relegatis et deportatis.* (XLVIII, 21.)— *Nic. Antonii* de exilio — libri tres (in *Meermani* thesauro T. III. — Nr. III. p. 1 — 190.). — Cf. *Otto* ad § 2. I. *h. t.* — Neque contraria est L. 5. § ult. D. *de extraord. cognit.* (L, 13.)—Vid. *Muretus* ad d. § 1. (in *Wateri* ed. Inst. cum a Costae adnot.)—*Otto* l. l. Nr. 5. — Cf. L. 5. D. *de interd. et releg.* (XLVIII, 22.)—Vid. *Antonius* l. l. c. X. p. 30. 31.— *a Costa* ad § 2. I. *h. t.*—*Schulting* in Prot. Pand. IV. T. V. § 6.

6) *Ulpiani* Fr. XI. § 13. § 3. I. *h. t.* — *Vinnius* ad § 3. I. *h. t.* nr. 3. — *Gans* Scholien zu Gajus p. 214 sqq. — Novissime hunc locum tractavit. *A. H. E. F. a Seckendorff* de capitis deminutione minima. Colon. 1828. 8.

7) L. 5. § 2. L. 6. D. *h. t.*

8) L. 1. § 8. D. *ad Sct. Tertull.* (XXXVIII, 17.)— At frustra est *Ger. Noodt* (obs. II, 21.), in emendando hoc loco, quippe ita nos legere jubens: « salvo statu *civitatis* contingens ». — Cf. § 3. I. *h. t.* « Minima c. d. est, cum et civitas et libertas retinetur, sed *status hominis* commutatur. » —Similiter loquitur *Ulpianus* Fr. XI. § 13.—Cf. *a Costa* ad Pr. I. *h. t.* — *Seckendorff.* § 2—6.

contrario scilicet magnae capitis deminutionis nomine opposito [9]. Caeterum, quod ad vim attinet capitis deminutionis, civilia quidem jura omnino omnia, velut agnationis, ususfructus, obligationum, quae ad strictam juris civilis normam exigebantur, quavis capitis deminutione peribant [10]; at ex Justiniani constitutione jura, quae morte plerumque amittuntur, minimam capitis deminutionem passis retinentur [11]. Praeterea magna quidem c. deminutio etiam cognationis atque affinitatis jura perimit [12], quae tamen in metallum damnatis, nec non deportatis ex principali indulgentia restitui solent [13]. Ab hostibus autem captis itemque in patriam reversis jura amissa postliminio restituuntur [14], praeterquam ea, quae ad possessionis amissae causam spectant [15]. Quemadmodum autem delictorum poenae capite minutis minime remittuntur [16]: sic etiam creditorum adversus eos obligationes non utique omnes exstinguntur [16 a]. Etenim eorum nomine, qui magnam capitis deminutionem passi sunt, utiles actiones in eos dantur, ad quos bona pervenerunt illorum [17]; at minima capitis diminutione eveniente, cum summo jure obligationes exstinguerentur, praeter eas, quae naturalem praestationem haberent [18], creditoribus Praetor restituit actiones [19].

§ 185. *De mortis inter plures ordine atque tempore* (*).

Cum duos pluresve supremum diem obiisse, aut naturali mortis eventu [1],

9) L. 1. § 4. D. *de suis et legit. her.* (XXXVIII, 16.)

10) *Gaji* Inst. III. § 83. — *Paulli* rec. sent. III. T. VI. § 29. — L. 1. D. *quib. mod. ususfr amitt.* (VII, 4.) — L. 2. pr. L. 8. D. *h. t.*, et qui in inferiorib. notis excitantur loci. — Praeterea observand. a) « Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae c. deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter. » L. 2. § 2. D. *h. t.* — b) « Legatum in annos — — — relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen perseverat; quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistat. » L. 10. *eod.* — Vid. supra § 75. in f.

11) L. ult. C. *de usufruct.* (III. 33.)

12) § 6. I. *h. t.* — L. 4. § 11. D. *de gradib.* (XXXVIII, 10.) — L. 2. § 2. D. *ad Sct. Tertull.* (XXXVIII, 17.)

13) L. 4. D. *de sent. passis.* (XLVIII, 23.) — L. 1. § 4. D. *ad Sct. Tertull.* (XXXVIII, 17.) — Cf. L. 7. D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.) — Caeterum, quamvis alia jura facilius his restituuntur, qui civitatem amiserunt, quam qui poenae servi effecti sunt (L. 59. § 1. et 2. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.), tamen ne illis quidem jura amissa utique omnia post redintegratam civitatem restitui solent. L. 5 — 7. C. *de sent. pass. et restit.* (IX, 51.)

14) Dig. (XLIX, 15.) *de captivis et de postliminio et redemtis ab hostibus.* — Cod. (VIII, 51.) *de postliminio reversis et redemtis ab hostibus.*

15) L. 12. § 2. D. *de captiv. et de postlim.*

16) L. 2. § 3. L. 7. § 1. D. *h. t.*

16a) Ipsi manent naturaliter obligati. L. 2. § 2. D. *h. t.*

17) L. 1. pr. D. *h. t.* « Pertinet hoc edictum (vid. not. seq.) ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt; ceterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat c. d., cessabit edictum, *neque possunt hi penitus conveniri.* Dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum. » — L. 7. § 2. *eod.*

18) L. 8. D. *h. t.* — Cf. et supra not. 10 nr. a. et *Burchardi* Wiedereins. in den vor. Stand. § 17. p. 266. — *K. A. Schneider* die allgem. subsidiaren Klagen des R. R. p. 281 sqq. et not. sq.

19) *Gaji* inst. III. 84. IV, 38. — L. 2. § 1. D. *h. t.* — L. 42. D. *de pecul.* (XV, 1.) — Tit. Inst. *de adquisitione per adrogat.* — Cf. *Auctoris* obs. jur. Rom. I. § 5. [Adversus cap. minuti debitores restitutionem indulgeri necesse non erat, quum et adrogator in obligationes adrogati succederet, et filiusfamilias emancipatus ejusmodi tantum obligationes habere posset quae cap. deminutione non perirent. — L. 9. D. *de O. et A.* — *Hasse jun.* in Rhein. Mus. T. VI. p. 39 sqq. — Actiones vero creditorum ex obligationibus antea contractis restringi aequum visum est Romanis. L. 57. D. *de jud.* (V, 1.) — L. 39. D. *de O. et A.* — L. 141. § 2. D. *de V. O.* — L. 2. pr. L. 3. D. *quod cum eo.* (IV, 5.) — E. G.]

§ 185.

(*) *H. Donelli* comment. ad Tit. D. *de reb. dub.* (in comment. jur. civ. ed. Hanov. p. 419 — 437.). — *Joh. Ferd. de Retes* ad L. 9. D. *de reb. dub.* (*Meermani* thes. T. VI. p. 365 — 378.) — *Sam. Stryk* Tr. de succ. ab intest. D. X. opp. praestantior. Vol. IV. p. 1048 — 1070.) — *E. A. v. Voorst* de jure, quod oritur ex commorientibus (in *Oelrichii* thes. nov. diss. in acad. belg. habit. Vol. II. T. II. Nr. IX.). *Auctoris* diatr. üb. die Priorität des Todes (Archiv für civilist. Praxis IV. Nr. XXVII.). — *T. H. F. Jaedcke* de jure commorientium. Rost. 1830. 8. — [Cod. Napol. 720. 721. 722.]

1) Arg. L. 11. pr. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII, 11.) (« — duobus peregre defunctis » —). Archiv f. civilist. Pr. p. 398. Dissentit *Jaedcke* l. l. p. 5 sqq.

aut infortunio quodam, constat, de eo autem : quisnam sit prior mortuus, quisnam posterior, ambigitur, ex his potissimum praeceptis res erit aestimanda : 1) Impubes ante puberem decessisse creditur, nisi si contrarium adprobetur [2]. 2) Quodsi demortuorum personae generis ac sanguinis origine inter se fuere conjunctae, parentibus supervixisse natos, qui quidem pubertatis annos compleverunt, similiter dicendum est [3]. 2) Sin haec, quam modo diximus, conjunctionis ratio inter commorientium personas non intercedit, nec vero prioris illius regulae usus esse potest, propterea quod uterque mortuus aut pubes fuit, aut impubes, tum ea, quae a morte vel utriusque vel alterutrius pendent, nunc irrita redduntur, nunc conservantur [3 a]. Quoties enim ratio quaedam, aut naturalis aut civilis, impedit, quo minus ad exitum perveniat res, de qua agitur, nisi id ipsum, quis primus, quis postremus obierit, sciatur, tum quae ex illo pependerint utique pro nihilo habenda sunt [4]; quod quidem contra fit, cum in iis causis, quae et sua natura nec adversantibus legibus benigniorem patiuntur interpretationem [5], tum vero in iis, quae morte alterius efficiunt, ut pleno jure alteri adquiratur, quod imperfecto jure antehac apud eum fuerit [6].

§ 186. *De morte nonnumquam praesumenda* (*).

Plerumque mors, etiam absentis, probanda est [1]. Attamen e patria domiciliove absens, de quo et ubi moretur, et omnino sitne superstes, an mortuus, jam dudum nihil auditum est, postquam nec per edictum adesse jussus apparuit, mortuus judicis sententia pronuntiatur [2]. Quemadmodum autem totum istoc causarum genus ex jure Romano repeti minime potest (cf. infra § 608 not. 4.), ita ne de eo quidem, qua quis aetate pro mortuo habendus sit, certi quidquam illo jure definitum est. Nam quod scribunt juris nostri auctores : centum anno-

2) L. 9. § 4. in f. L. 23. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.)—L. 26. pr. D. *de pact. dotal.* (XXIII, 4.) — L. 11. § 1. D. *de capt. et postlim.* (XLIX, 15.) — Archiv f. civilist. Pr. p. 399 — 403.

3) L. 9. § ult.—L. 16. pr. D. *de reb. dub.* (« Quod de pariter mortuis tractamus et in aliis agitatum est : ut ecce, si mater stipulata est, dotem a marito, mortua filia in matrimonio, sibi reddi, et simul cum filia perit : an ad heredem [*al.* et heredibus] matris actio ex stipulatu competeret? et D. Pius rescripsit, non esse commissam stipulationem : quia mater filiae non supervixit. ») L. 22. D. *eod.* — L. 9. § 1. *eod.* — Cf. Archiv f. civ. Pr. p. 403. et 404. vol. 17. — Cujus regulae exceptiones sunt a) L. 9. § 2. *eod.*—b) L. 17. § 7. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.)—Cf. *Glück* Intestaterbfolge § 3. p. 10. — *Gaedeke* inter puberes foeminae supervixisse praesumit marem, quippe qui corpore robustior sit l. l. p. 38. p. 48 sqq. p. 121.

3 *a*) *Gaedcke* l. l. p. 123 sqq.

4) a) L. 34. D. *ad Sct. Treb.* — L. 18. pr. et § 1. D. *de reb. dub.* — b) L. 16. § 1. L. 17. *eod.*

5) L. 9. pr. D. *de reb. dub.* (*Tryphon.* Lib. XXI. Disput. « Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moritur, [*al.* moreretur, moriatur] Titium substituit : duo impuberes simul in nave perierunt. Quaesitum est, an substituto, et cujus hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem : in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit : nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse, et proximus adgnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit : et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt. » Vid. Archiv f. civ. Pr. p. 414 — 418. et *Gaedcke* l. l. p. 90 sqq. — L. 9. § 3. *eod.*

6) L. 32. § 14. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.)—L. 8. D. *de reb. dub.*—L. 20. D. *de m. c. d.* (XXXIX, 6.)

§ 186.

(*) *Leyser* med. ad Pand. spec. 96.

1) Nov. 117. c. 11. — *Leyser* spec. 95. et spec. 96. med. 10. — Cf. L. 2. § 4. D. *test. quemadm. aper.* (XXIX, 3.)—[Cod. Nap. 112-143.]

2) Cf. *C. A. Haase* über Edictalladungen u. Edictalprocess ausserhalb d. Conc. (Leipz. 1817.) p. 101 — 104. p. 111 — 136.

rum spatium terminum vitae humanae esse longissimum [3], id ad nostram quaestionem non magis pertinet [4], quam mortalitatis illa formula, ab Ulpiano, qui longe alia respexit, proposita [5]; qua quidem recte ac ratione in negotiis aleatoriis constituendis hodieque uti solent [6]. Caeterum in multis Germaniae terris usu et consuetudine obtinuit, ut annis septuaginta majores, de quorum quidem aut vita aut morte nihil constet, pro mortuis habeantur [7].

CAPUT II.

DE CIVITATE.

SECTIO I. DE SINGULORUM HOMINUM CIVITATE.

§ 187. *Cives, peregrini, incolae.*

Cum olim tot tantaque inter cives et peregrinos Romae obtinuerint discrimina, ut, qui in illorum numero non essent, jurium fere omnium expertes habiti sint, subinde tamen a nimio veteris juris rigore ac severitate multum relaxatum est, hoc pacto, ut non nisi ab ejus juris usu, quod proprium esset civium Romanorum, plerumque [1]) prohiberentur peregrini, nec prorsus carerent jure standi in judiciis, iis quoque, quae Romanorum more peragerentur [2]. Jam vero labentibus seculis atque in unum velut conspirantibus et moribus et legibus [3], eo deventum est, ut privata quidem jura, nisi quae peculiariter civibus scripta sint, peregrinis communia esse soleant cum his, qui civitate gaudent [4]. Inter cives autem et peregrinos medium quodammodo locum tenent incolae, i. e. qui in loco aliquo vitam perpetuo degunt, nec tamen civitatem adepti sunt [5]. Communicata vero cum omnibus, qui sub imperio Romano erant, civitate Romana [6], discrimen illud inter cives atque incolas non nisi in angustioribus municipiorum hisque similium universitatum circulis retentum est.

§ 188. *De eo, quod inter ipsos cives intercedat, discrimine.*

Neque vero par est omnium, qui communi inter se civitatis vinculo continentur, conditio jurisque publici usus. Alii etenim tamquam excellentiore gaudent civitate, alii inferiore et velut imperfecto civium jure utuntur. Melior est non-

3) L. 50. D. *de usufruct.* (VII, 1.) — L. 8. D. *de usu et usufr. et red.* (XXXIII, 2.) — L. 24. pr. et § 1. C. *de sacros. eccl.* (1, 2.)

4) *Leyser* sp. § 6. m. 4. — *Hofacker* princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. § 1682. not. c.

5) Quam Romani jam non semper secuti esse videntur. — L. 68. pr. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.) — *Aemil. Macer* L. II. ad leg. vices. hered. — *F. A. Schmelzer* de probabilitate vitae ejusque usu forensi, comment. prior. Gott. 1787. 8.

6) *Schmelzer* l. l. praef. p. IV.

7) Propt. dictum Ps. XC. v. 10. — Cf. *Hofacker* l. l. not. e. f. — Caeter. vid. Preuss. Landrecht P. II. Tit. XVIII. § 821 — 835.

§ 187.

1) Nam vid. v. c. *Gaji* inst. I. § 56. 57.

2) Vid. *Gaji* inst. IV. § 37. et 105.

3) Auth. Frid. *omnes peregrini* Cod. *comm. de successionib.* (VI, 59.)

4) *Hofacker* princip. jur. civil. Rom. Germ. — *Hoepfner* et *Weber* im Commentar § 91.

5) L. 7. C. *de incolis* X, 39. (« Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio [*Dirksen* Abh. II. p. 508.], incolas vero, sicut et D. Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit, domicilium facit. ») — L. 29. D. *ad municipalem.* (L, 1.) — Cf. *Cic.* de offic. I, 34. in f.

6) L. 17. D. *de statu homin.* — L. un. C. *de dedit. lib. toll.* (VII, 5.) — L. un. C. *de lat. lib. toll.* (VII, 6.) — Nov. 78. c. 1. et 5. — (*C. G. Haubold*) Pr. ex constitutione Imp. Antonini quomodo, qui in orbe Romano essent, cives Romani effecti sint. Lips. 1819. 4. — Cf. et infra § 195.

nullorum civium conditio maxime propter ordinis, cui adscripti sunt, praerogativam, quo in genere inprimis sunt: personae illustres [1], dignitate patricia ornati [2], senatores, tum etiam, qui ex his nati nataeve sunt [3], milites, qui quidem in numerum relati sunt [4], aliique, qui eam vitae conditionem negotiorumque instituendorum rationem elegerunt, qua vel maxime commodum aliquod atque utilitas in rempublicam redundare legislatoribus visum est, velut clerici [5], professores et medici, scilicet qui intra numerum sunt [6], advocati [7], item negotiatores frumentarii [8], complures denique ex illo hominum genere, qui artificium aliquod vel operaria negotia exercent [9]. Contra vero deteriori jure utuntur alii propter religionis publice improbatae professionem [10], alii propter infamiam, aliamque notam, quam aut factis suis vitaeque turpis actione ipsimet sibi contraxerunt, aut ob natalium quaestusve sordes hominum opinio eisdem imposuit. Atque de his quidem singillatim dicemus.

§ 189. *Existimatione laesae* (*) a) *species et causae.*

Existimatio, quae est dignitatis illaesae status, legibus moribusque compro-

§ 188.

1) L. 3. C. *de sportul.* (III, 2.) — L. 26. § 1. C. *de usur.* (IV, 32.) — L. 5. C. *ad Sct. Orphit.* (VI, 57.) — L. 60. 61. C. *de decur.* (X, 31.) — Nov. 117. c. 4.

2) L. ult. C. *de consulib.* (XII, 3.) — (*Muretus* ad § 4. I. *quib. mod. jus patr. pot. solv.* — animadv. a Costae adspers. a *van de Water* — et *Otto* ad eund. loc.) Cf. Nov. 81. pr. et c. 1. § 1. (Cf. et *Isidori* orig. IX. Cap. 4. *Gothofr.* p. 1050.)

3) L. 44. pr. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.) — Cf. *Heineccii* comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 1. § 2 —4. 7. 8.

4) L. 42. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.) — Cf. *Plinii* epist. Lib. X. ep. 38. [41.] 39. [42.].) — Cf. L. un. § 1. D. *de bon. poss. ex test. milit.* (XXXVII, 13.) — («Item navarchos et trierarchos classium jure militari posse testari, nulla dubitatio est. In classibus omnes remiges et nautae milites sunt.») — L. 16. C. *de test. milit.* (VI, 21.) — («Scriniarios vel apparitores, qui virorum magnificorum Magistrorum militum jussionibus vel actibus obtemperant, etsi nomina eorum matriculis militaribus referri videantur, nullatenus tamen in ultimis a se conficiendis voluntatibus juris militaris habere facultatem, decernimus.») — Dig. (XLIX, 16.) et Cod. (XII, 36.) *de re militari.* — Privilegia militum vel maxime insignia: a) L. 1. pr. D. *de test. milit.* — b) Dig. (XLIX, 17.) et Cod. (XII, 37.) *de castrensi peculio.* — c) L. 6. pr. et L. 18. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — Supra § 96. not. 16. — e) L. 3. 6. 8. C. *de rest. milit. et eorum, qui reipubl. causa absunt.* (II, 51.) — Tit. Cod. *de uxorib. mil. et eor., qui reip. c. abs.* (II, 52.) — f) L. 3. 4. C. *de temporib. in int. rest.* (II, 53.) — f) L. ult. § 15. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — g) L. 3. § ult. D. *de testib.* (XXII, 5.) — h) L. 3. § 1. D. *de mun. et honor.* (L, 4.) — (Cf. § 14. I. *de excus. tut.* «Idem in milite observandum est, *ut nec volens ad tutelae munus admittatur.*»). — i) L. 3. C. *de vectigal. et commiss.* (IV, 61.) — De veteranis eorumque privilegiis vid. Dig. (XLIX, 18.) et Cod. (XII, 47.) *de veteranis.* — L. 26. D. *de test. milit.* — L. 7. D. *de vacat. et excus. muner.* (L, 5.) — De tironibus vid. L. 42. D. *de test. milit.* — L. 4. § 15. D. *de re milit.* — Cf. *v. Berg* jurist. Beobacht. u. Rechtsf. IV. nr. XII.

5) Tit. Cod. *de episc. et cleric.* (I, 3.) — Nov. 123.

6) § 15. I. *de excus. tut.* — L. 8. § 4. L. 9. D. *de vacat. et excus. mun.* (L, 5.) — L. 1. pr. et § 1. D. *de extraord. cognit.* (L, 13.) — Tit. C. *de professorib. et med.* (X, 52.) — Cf. Tit. C. *de stud. liberalib. urb. Rom.* (XI, 18.) — *E. T. Gaupp* de professoribus et medicis eorumque privilegiis in jure Romano. Vratisl. 1827. 8.

7) L. 1. § 11. D. *de extr. cognit.* — L. 6. C. *de advocat. divers. jud.* (II, 7.) — L. 1. C. *quib. muner. excus. ii, qui post impl. militiam vel advocationem rel.* (X, 55.)

8) L. 9. § 1. D. *de vac. et excus. mun.* — L. 5. § 3. D. *de jure immunit.* (L, 6.)

9) L. 3. D. *de vac. et exc. mun.* — L. 5. § 12. L. 6. D. *de jure immunit.* — L. 1. C. *de excus. artific.* (X, 64.) — (Cf. *Jac. Gothofredum* ad L. 2. C. Th. XIII. 4.).

10) a) Tit. Cod. *de Judaeis et Coelicolis* (I, 9.) — L. 21. C. *de Haeret. et Manich.* — *Pufendorf* observ. jur. univ. T. I. obs. 195. et 208. — b) Tit. Cod. *de Haereticis et Manichaeis et Samaritanis.* (I, 5.) — Nov. 109. c. 1. 2. Nov. 129. — c) Tit. Cod. *de Apostatis.* (I, 7.) — d) Tit. Cod. *ne christianum mancipium Haereticus, vel Judaeus, vel Paganus habeat, vel possideat, vel circumcidat.* — e) Tit. Cod. *de paganis et sacrificiis et templis.* (I, 11.) — *Zimmern* Gesch. d. R. R. § 150.

§ 189.

(*) *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. XVIII. c. 6 — 8. — *E. F. Hagemeister* üb. d. wesentl. Unterschied zw. d. Röm. infamia u. d. Deutschen Ehrlosigkeit, in *Hugonis* civ. Mag. III. Nr. VIII. — *C. C. Dabelow* Handb. d. Pand. Rechts III. (Halle 1818.) p. 59 — 143. — *G. C. Burchardi* D. de infamia ex disciplina Romanor. Kil. 1819. — *F. Walter* über Ehre u. Injur. nach R. R. (Neues Archiv d. Crim. R. Bd. IV. Nr. V. et XII.). — *T. Marezoll* üb die bürgerl. Ehre, ihre gänzl. Entziehung u. theilweise Schmälerung. Giess. 1824.

batus [1]), modo consumitur, modo minuitur. Consumitur, si quis civili dignitate prorsus exuitur [2]); imminutae autem existimationis tres sunt potissimum [3]) species hae : infamia, ut quidem proprie dicitur [4]), turpitudo [5]), levis nota [6]). Et quidem I) prior illa, quam *infamiam juris* vulgo vocant, ob delicta inhonestaque facta, quae quidem lex specialiter notavit, hominibus infligitur [7]); ejusque duplicem esse speciem statuunt, alteram mediatam, quae judicis sententia irrogetur, alteram immediatam, quae ipso jure contingat [8]). Mediatam itaque incurrunt, qui, judicio rite interposito, suo nomine, non alieno, damnati sunt [9]), hi quidem : 1) qui ex eo crimine, quod judicii publici causam habet, condemnantur [10]), atque ex eorum numero, qui extra ordinem puniri solebant, ut alii complures [11]), ita et qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo damnati pactive sunt [12]); tum vero 2) propter dolum condemnati pro socio, itemque tutelae, mandati, depositi, scilicet directis actionibus, non contrariis [13]). At vero ipso jure infamiam subeunt hi : 1) qui ab exercitu ignominiae causa dimissi sunt [14]); 2) qui artis ludicrae causa in scenam prodierunt, vel etiam sine mercede cum bestiis depugnarunt [15]); 3) lenocinium exercentes, tum ipsae mulieres, liberae illae quidem, corpore quaestum facientes [16]); iique, qui corpore suo muliebria passi sunt [17]); 4) uxores in adulterio deprehensae [18]); 5) vidua, quae intra illud tempus, quo vir elugeri debet, in alias nuptias properavit, stuprumve admisit, itemque pater ejus, qui in istas nuptias consensit, nec non ipse maritus, qui sciens talem mulierem duxit, tum ipsius pater, cujus in

1) L. 5. § 1. D. *de extraord. cognit.* (L. 13.)

2) L. 5. § 3. D. *de extr. cognit.* — (Cf. L. 28. § 1. D. *de poenis* (XLVIII, 19.) « Caeterae poenae *ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent.* ») — *Hagemeister* p. 168. not. *. p. 179—189. — *Walter* p. 116 sq. p. 134. 135. — *Marezoll* l. l. l. Abschn. II.

3) Nam plures etiam Romano jure dari imminutae existimationis distinctiones, tum vero formarum, quas quidem in contextu descripsimus, plures velut gradus, nullo modo dubitari potest. Cf. v. e. L. 1. § 5. (« — item *personas turpitudine notabiles* ») et 8. D. *de postul.* (III, 1.) — L. 1. pr. D. *ad Leg. Jul. de vi priv.* (XLVIII, 7.) (« — omni honore, *quasi infamis*, ex Scto carebit. ») — L. 12. D. *de decurionib.* L, 2. (« — nec infames sunt. Sed *ne honoribus quidem arcentur.* ») — L. 13. *eod.* — L. 5. § 2. D. *de extraord. cognit.* — L. 13. L. 4. C. *h. t.* — Vid. et quae infra § 191. de imminutae existimationis effectu scripta sunt.

4) Nam vid. L. 3. § 5. in f. D. *de testib.* (XXII, 5.) — L. 2. pr. in f. D. *de obseq. parent. et patr. praest.* (XXXVII, 15.) — *Marezoll* l. l. l. Abschn. III. 3. 4.

5) Caeterum turpitudinis vocabulum ad plures minutae existimationis species nonnumquam referri (velut in L. 1. § 5. D. *de postul.*), haud sane est, quod miremur. Nec igitur colligi inde debet, nullum interesse discrimen inter infamiam et turpitudinem s. infamiam facti, ut vocant. (Cf. § seq. not. 26. 27.)

6) L. 27. C. *de inoff. test.* (III, 28.) — Cf. L. 1. et 3. Th. C. *eod.* (II, 19.) — Cf. *Marezoll* l. l. l. Abschn. III. § 3.

7) Dig. (III, 2.) *de his, qui not. infamia* (de legis l. inscr. vid. *Schulting* enarr. part. primae Dig. h. t. § 3.). — Cod. (II, 12.) *ex quib. causs. infamia irrogatur*, (X, 57.) *de infamibus.* — Singulas hujus infamiae causas, quas quidem Praetor in edicto suo propositas habuit, optime exposuit *Noodt* ad Dig. Tit. III. 2. — Cf. Tab. Heracl. c. VIII. et *H. E. Dirksen* observat. ad Tab. Her. part. alt. (Berol. 1817.) p. 71—150. — *Goeschen* Grundriss. p. 51—55. § 44.

8) Quae quidem distinctio a nonnullis rejicitur, v. c. a *Dabelowio* l. c. p. 69—73. — Sed vid. inprimis L. 4. § 4. D. *h. t.* — L. 43. § 12. in f. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.) — L. 5. 12. 14. C. *h. t.* — Cf. et not. sqq.

9) L. 4. § 5. L. 6. § 1. 2. L. 13. § 1. L. 14. D. *h. t.* — L. 13. § 5. et 6. *eod.* — De singulis causis vid. *H. Donellus* l. l. c. VIII. — *Marezoll* l. l. l. Abschn. IV. § 3. et *Goeschen* p. 53.

10) L. 7. D. *de publ. jud.* (XLVIII, 1.) — (Cf. L. 1. D. *eod.* et § 3 sqq. l. *eod.*). — Vid. Caeteroquin L. 22. D. *h. t.* — *Hufacker* § 322. not. a.

11) L. 4. § 4. D. *h. t.* — L. 1. 3. D. *de sepulchro viol.* (XLVII, 12.) — L. 4. D. *de praevaric.* (XLVII, 15.) — L. 12. C. *h. t.* — L. 13. § ult. D. *h. t.* coll. cum L. 2. D. *stellionat.* (XLVII, 20.) — Quae quomodo conciliandae sint, vid. *Cujacii* obs. X, 26. post med. *Schulting* ad h. t. § 7. — *Marezoll* p. 134 sqq.

12) L. 4. § 5. D. *h. t.*

13) § 2. I. *de poena temere litigant.* (Cf. § 142. nr. 4. et not. 9.)

14) L. 1. L. 2. pr. § 1—4. D. *h. t.* — L. 3. C. *de re milit.* (XII, 36.) — *Marezoll* l. l. l. Abschn. IV. § 2.

15) L. 1. L. 2. § 5. L. 3. L. 4. pr. § 1. D. *h. t.* — L. 1. § 6. D. *de postul.* (III, 1.) — Add. *Ciceronis* fragm. quoddam editioni de republica a Majo adornatae (IV, 10.) insertum.

16) L. 1. L. 4. § 2. L. 24. D. *h. t.* — L. 43. pr. et § 1 — 9. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.)

17) L. 1. § 6. D. *de postul.* — L. 31. C. *ad L. Jul. de adult.* (IX, 9.)

18) L. 43. § 12. D. *de ritu nupt.*

potestate ille est [19]; 6) qui binas nuptias binave sponsalia eodem tempore constituta habet, item pater istisconsentiens [20]; 7) qui cum ea, quam uxorem ducere prohibetur, nuptias vel sponsolia contraxit [21]; 8) tutor vel curator, qui intra tempus in integrum restitutionis puellam sibi vel filio matrimonio junxit [22]; 9) mulier, quae per calumniam ventris nomine in bonorum possessionem missa est, et pater ejus dolo malo talia admittens [23]; 10) foenus improbum exercentes, tum etiam usuras usurarum illicite exigentes [24], aliique complures [25].

§ 190.

Praeterea II) hi quoque, quibus, propter vitae dedecus facinoraque flagitiosa, turpitudinis nota ex hominum bonorum gravissimorumque opinione inusta est, etiam post exstinctam illam atque obliteratam notam et animadversionem censoriam, in eorum numero haberi soliti sunt, qui illaesae dignitatis statu minime gauderent, licet talia non essent turpiter facta, quibus jure legeque addita fuerit infamiae nota [26]; vocant infamiam facti [27]. Denique III) honestioribus saepissime opponuntur humiliores et plebeji [28]. Atque honestatis et honesti vocabula itemque humilis ac vilis nunc ad morum probitatem referuntur [29], nunc ad ordinis dignitatisque praerogativam; ut adeo honesti appellentur, qui tamen infamiae turpitudinisque nota adspersi sunt [30]; in qua quidem significatione hic consistimus. Plebeji igitur omnes, i. e. qui decurionum ordini adscripti non erant, et macula quadam laborabant et deteriore utebantur juris conditione [31], inter ipsos tamen alii honestiorem quodammodo locum tuebantur, alii multo etiam

19) L. 1. pr. D. *h. t.* (« — intra id tempus, quo elugere virum moris est.»—Cf. Vat. Fr. § 320. 321. *Niebuhr* röm. Gesch. T. I. p. 304 — 315. ed. 3. — *de Buchholtz* ad Vat. Fragmenta p. 279 sqq. in not. *quem annum.*).—L. 11. § 1. 3. 4. L. 12. 13. pr. D. *h. t.* — L. 15. C. *h. t.* — Nov. 39. c. 2. § 1. — Caeter. cf. c. 4. 5. X. *de sec. nupt.* (IV, 21.)

20) L. 1. L. 13. § 1 — 5. D. *h. t.*

21) L. 15. § 4. D. *h. t.*

22) L. 66. D. *de ritu nupt.* — L. 7. C. *de interd. matrim. int. pup. et tut.* (V, 6.) — Num etiam filius fiat infamis? vid. *Gluck* Pand. III. § 379. not. 85. — Caeter. cf. *Hofacker* § 221. (II, 3.) et infra § 305. in f.

23) L. 15 — 19. D. *h. t.*

24) L. 20. C. *h. t.*

25) Velut ex jure civili hi, qui locis sequentibus nominantur : a) Tab. Heracl. e. VIII. lin. 39. (*Dirksen* l. l. p. 99 — 101.). — Cf. *Cicero* de legib. II, 9. (« Perjurii poena divina exitium, humana dedecus. ») De off. I, 3. — b) L. 42. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — c) L. 6. § 3. D. *de decur.* (L, 2.)—d) L. 2. C. *de legib.* (I, 14.) — e) L. 41. C. *de transact.* (II, 4.) — f) Arg. L. 11. C. *h. t.*—(Cf. *Dirksen* l. l. p. 101—110.) — g) L. 35. C. *de loc. et cond.* (IV, 65.) — h) L. 5. § 1. C. *ad L. Jul. maj.* (IX, 8.) — Sunt praeterea aliae quaedam infamiae causae constitutae et Auth. Frid. I. *habita C. ne fil. pro patre* (cf. *de Savigny* Gesch. d. R. R. im Mittelalter III. p. 152 sqq.) et Auth. Frid. II. (*Gazaros C. de Haeret. et Manich.* (I, 5.) *agricultores C. quae res pign. obl. poss.* (VIII. 17.), et jure canonico (c. 4. qu. 4. C. III.—c. 2. qu. 2. et 3. C. XXXV.), tum etiam Rec. imp. de 1551. § 80.

§ 190.

26) L. 3. pr. D. *de testib.* (XXII, 5.) — L. 2. pr. D. *de obseq. parent. et patr. praestand.* (XXXVII, 15.) — L. 39. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 25. C. *ad Leg. Jul. de adult.* (IX, 9.) — L. 2. C. *de dignit.* (XII, 1.) (« Neque famosis et notatis, et quos scelus aut vitae turpitudo inquinat, — dignitatis portae patebunt. ») — Cf. et L. 17. § 13. D. *de injur.* (XLVII, 10.) et L. 11. § 1. D. *de dolo malo.* (IV, 3.) — Dissent. post *H. Donellum* (l. l. c. VI. et Lib. VI. c. XV.) aliosque *Burchardi* cit. diss. § 11 — 14. — Et sane id utique concedendum est, neque a meris rumoribus, qui inter homines de aliquo circumferantur, hujus pendere existimationem civilem (*Walter* l. l. p. 123.), nec omnium, quae cum ignominia fiant, praesertim cum in singulis vitae actionibus consistant, neque velut perpetuae morum improbitatis indicio sint, in jure nostro rationem haberi. — (Cf. L. 20. D. *h. t.* et L. 19. C. *eod.*) — Vid. et *Marezoll* l. l. I. Abschn. V. § 1. p. 270 — 276.

27) *Facti ignominiae* vocabulum jam Ulpianus usurpavit, verum ex usu loquendi vulgari. — Vid. L. 39. D. *de furt.* (XLVII, 2.)

28) *Marezoll* l. l. I. Abschn. V. § 2.

29) Ut in L. 46. § 1. D. *de V. S.* — L. 2. C. *de his, qui ven. aet. impetr.* (II. 45.)

30) V. c. L. 1. § 1. D. *de effractor.* (XLVII, 18.) — Cf. et *Brissonius* v. *honestus* § 1. — L. 3. § 4. D. *ad exhib.* (XLIII, 30.) — L. 17. § 13. D. *de injur.* (XLVII, 10.)

31) L. 2. § 2. D. *de decur.* (L, 2.) — Cf. § seq. et add. *Burchardi* Grundz. d. Rechtss. d. Röm. (Bonn 1822.) p. 265 sqq.

inferiorem, quippe vulgares homines sordidique, vilissima populi faex, cui numquam Romae honor ullus habitus est [32]); ad quos plebejorum nomen prae ceteris translatum esse videtur (not. 33, et 34.). Quo in genere erant alii quidem poenae nomine [33]), alii propter quaestus vilitatem ac sordes, miserrimamque egestatem [34]), alii ob generis atque originis ignobilitatem, ut libertini, iique, quorum pater vel mater artem ludicram fecerat [35]); spurii non erant, quamvis in honoribus appetendis illi quidem praeferebantur, qui legitime nati essent [36]). Jam vero, utrum omnes omnino plebejos, an eos duntaxat, qui in vulgarium numero habiti sunt, *levi nota* adspersos praedicet Constantinus [37])? in tanta harum rerum caligine pro certo statui nequit. Quare etiam, nullum illarum in foris nostris superesse usum, sua sponte apparet, praesertim cum, quaenam tandem personae levi ista laborent macula, quam vocant *Anrüchigkeit*, satis moribus legibusque nostris definitum sit [38]). Atque illud quidem monendum, ut, quemadmodum plures una imminutae existimationis causae, sic etiam duplex, vel adeo triplex illa, et infamiae, et turpitudinis, et levis notae macula, in eundem hominem convenire cum apud Romanos potuerit, tum hodieque possit.

§ 191. b) *incommoda* (*).

Incommoda, quibus propter imminutam existimationem afficiuntur homines, partim communiter spectant ad omnes, qui propter quamviscunque causam macula laborant, partim singulis aut causarum generibus, aut ipsis notandi causis propria sunt. Et quidem haec inprimis sunt, quae notarum ista adspersione efficiuntur : 1) Prohibentur honoribus dignitatibusque et infames, et turpes, et ii, qui in plebejorum infima faece constituti sunt [1]); atque infames quidem ac sordidi etiam honores jam susceptos relinquere coguntur, turpes non nisi a suscipiendis arcentur [2]). 2) Quodsi scripti heredes vel infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adsperguntur, fratribus sororibusque testatoris ea hereditate cedere coguntur [3]). 3) Intestabiles [4]) sunt, cum ii, qui judicio publico ex causa infamiam afferente damnantur, tum ex turpium personarum

32) Cf. *J. G. Heineccii* D. de levis notae macula (in opusc. varior. syll. Nr. VII.) § 32.

33) *Cicero* or. pro Cluent. c. 43. in f. — *Gellius* N. A. XVI. c. 13. post med. — L. 12. C. *de dignit.* (XII. 1.)

34) *Cicero* or. pro Rabir. c. 5.—L. 12. D. *de decurion.*—L. 5. Th. C. *de bon. proscript.* (IX. 42.) (« — si locupletes sint, proscriptione puniri, *si per egestatem abjecti sunt in faecem vilitatemque plebejam*, damnatione capitali debita luere detrimenta. ») — L. 6. C. *de dignit.*

35) L. 44. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.) — Cf. L. 3. Th. C. *de inoff. test.* (II, 19.) — L. 3. Th. C. *de libert. et eor. liber.* (IV, 11.) — Vid. tamen L. 9. C. *de dignit.* (XII. 1.)

36) L. 3. § 2. et L. 6. pr. D. *de decur.* — Vid. *Heineccius* l. l. § 32. p. 309. — Cf. caeteroquin IV, 17. et c. 14. et 18. X. *de fil. presbyt.* (I, 17.) et c. 13. X. *qui fil. sint. legit.* (IV, 17.)

37) L. 3. Th. C. *de inoff. test.*—Cf. L. 27. Just. C. *eod.* (III, 28.)

38) Vid. Concl. imp. de 1731. § 4. et 11. — Cf. *Heineccius* l. l. § 33. et *Glück* Pand. B. V. § 385. — Patrii juris de toto hoc argumento definitiones explicavit *Marezoll* in secundo et tertio scripti pluries laudati libro (p. 290 — 400.).

§ 191.

(*) *Marezoll* l. l. 1. Abschn. IV. § 5. 6. Abschn. V. § 1. p. 276—282. § 2. p. 288 sqq.

1) L. 1. pr. D. *ad L. Jul. de vi priv.* (XLVIII, 7.) —L. 2. L. 6. L. 12. C. *de dignit.* (XII, 1.)—L. 40. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — L. 4. § 1. D. *de legation.* (L. 7.) — Plebeji, nisi ex sordidissima plebis faece essent, admittebantur ad honores (L. 2. § 2. D. *de decurion.*—L. 2. L. 7. pr. L. 14. § 3. 4. *de mun. et hon.* L. 4.), sic tamen, ut fustium admonitione flagellorumque castigatione mulctatis utique praeferrentur honestiores. — L. 12. D. *de decurionibus.*—Cf. et L. 2. D. *de offic. adsessor.* (I, 22.)

2) L. 8. C. *de decur.* (X, 31.)—L. 6. C. *de dign.*

3) L. 27. C. *de inoff. test.* (III, 28.)

4) L. 26. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — § 6. I. *de testam. ord.* et ibi *Theophilus.* — Cf. *Vinnius* ad eand. §, Nr. 5. — *Marezoll* l. l. I. Abschn. III. § 2.

numero bi quidem, quibus pecunia bonisque interdictum est [5]; reliqui omnes, quibus non est integer in civitate honor, et testamentum facere, et solemnitatis causa testes adhiberi possunt [6], at vero eruendae veritatis causa testimonium eorum non usquequaque admittendum est [7]. 4) Non datur de dolo actio, nec turpibus adversus vitae emendatioris homines, nec humilioribus adversus eos, qui dignitate excellunt [8]. 5) Infames, tum etiam turpes personae, et pro aliis postulare plerumque prohibentur [9], nec fere ad accusationes publicas popularesque actiones admittuntur [10]. 6) Famosi utique omnes in supplicio severius, quam integrae famae homines, puniuntur [11]; at plebeji eo praeterea velut proprio jure utuntur, quod etiam fustibus caedi possunt [12]. 7) Ex mulierum infamia laborantium turba eae quidem, quae corpore quaestum fecerint, item lenae, a lenoneve manumissae, tum et publico judicio damnatae et in adulterio deprehensae, denique artem ludicram exercentes, ab ingenuorum honestorumque virorum nuptiis prohibebantur; at vero senatoribus horumque liberis etiam ab earum mulierum conjugiis abstinendum erat, quae propter infimam natalium humilitatem vilissimae plebi adscriptae essent [13]. 8) Turpitudinis macula adfectis minor aliquando, quam caeteris civibus, in jure patriae potestatis exercendo tribuitur auctoritas [14]. Iidemque 9) arcentur a tutelis [15], ad quas quidem adspirare licet humilioribus vulgaribusque personis, sic tamen, ut nullo pacto remittatur eis satisdatio [16]. Fuere etiam alia notatorum incommoda [17], quae tamen copiosius recensere haud juvat.

§ 192. c) *Quomodo existimationis imminutae macula eluatur.*

Tollitur I) infamiae nota aut famae restitutione, sive a principe sive a magistratu facta sit [1], aut tempore, scilicet ratione habita et causae, propter quam irrogetur infamia [2], et ipsius generis poenae, hoc pacto, ut, si quis in opus pu-

5) L. 14. L. 15. pr. L. 18. D. *de testib.* (XXII, 5.) — L. 18. D. *qui test. fac. poss.* — (De legis 20 § 5. D. *qui test. fac. poss.* nec non L. 13. D. *de testib.* et lectione et interpretatione vid. *Burchardi* l. l. p. 26.)

6) Nam quod haeretici atque apostatae intestabiles esse jubentur, id toto genere alia de causa erit repetendum. — L. 4. C. *de Haeret.* (I, 5.) — L. 3. C. *de Apostat.* (I, 7.)

7) *Pauli* S. R. V. Tit. 15. § 1. — L. 3. pr. et § 5. D. *de testib.* — L. 18. C. *eod.* (IV, 20.) — Nov. 90. c. 1. — c. 11. qu. 3. C. IV. — c. 54. X. *de testib.* (II. 20.) — c. 7. X. *de testib. cog. v. non.* (II, 20.)

8) L. 11. § 1. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)

9) L. 1. § 5. 8. D. *de postul.* (III, 1.) — Cf. L. 3. § 6. in f. et § 11 *eod.* et Vat. Fragm. § 323. — Quaequidem prohibitionis causa postea sublata est, § ult. I. *de exceptionib.* (cf. *Burchardi* §. 14. not. 138. — *Zimmern* Rechtsgesch. § 128. in f. et not. 41.), ae rursus restituta jure canonico. c. 1. 2. qu. 7. C. III.

10) L. 4. D. *de popul. act.* (XLVII, 23.) — L. 4. L. 8. D. *de accusat.* (XLVIII, 2.) — Cf. L. 15. C. *de his, qui acc. non poss.* (IX, 1.) et L. 7. pr. *ad L. Jul. Majest.* (XLVIII, 4.(

11) L. 28. § 16. D. *de poenis.* (XLVIII. 19.)

12) L. 28. § 2. D. *de poen.* — L. 2. § 2. et § 12. D. *de decur.* (L, 2.) — L. 5. C. *h. t.* — Cf. § 4, I. *de publ. jud.* — L. 3. § 16. D. *de susp. tut.* (XXVI, 10.) — L. ult. D. *de sepulchro viol.* (XLVII. 12.) — L. 1. § 1. D. *de effractorib.* (XLVII, 18.) — L. 6. pr. D. *ad L. Jul. pecul.* (XLVIII, 13.) — Cf. et L. 11. C. *de quaest.* (IX, 41.)

13) *Ulpiani* Fr. XIII. — L. 23. 24. 27. 43. 44. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.) — L. 1. § 1. L. 3. pr. D. *de concubin.* (XXV. 7.) — Caeter. cf. L. 23. 28. 29. C. *de nupt.* (V, 4.) — Nov. 78. c. 3.

14) L. 3. § 4. D. *de lib. exhib.* (XLIII, 30.) — L. 17. § 13. D. *de injur.* (XLVII, 10.)

15) L. 17. § 1. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.)

16) L. 5. § 1. D. *de legit. tut.* (XXVI, 4.) — Cf. L. 17. § ult. D. *de test. tut.* — L. 1. § 6. D. *de postul.* — L. un. C. *de infamib.* (X, 57.)

17) Velut a) L. 4. § 6. 7. D. *de re milit.* (XLIX, 16.) — L. 3. C. *eod.* (XII, 36.) — b) L. 2. § 4. D. *de his, qui not. inf.* — c) L. 37. pr. D. *de oper. libert.* (XXXVIII. 1.) — d) L. 24. pr. D. *de L. Jul. de adult* (XLVIII, 5.)

§ 192.

1) L. 1. § 9. 10. D. *de postul.* (III. 1.) (vid. *Hofakker* princ. jur. civ. R. G. § 326. 1.). — Cf. et L. ult. C. *de generali abolit.* (IX, 43.) — (L. 5. Th. C. *de indulgent. crimin.* IX, 38. et ibi *Jac. Gothofredus.*) — L. 7. C. *de sent. pass. et rest.* (IX, 51.) — *Marezoll* l. l. I. Abschn. IV. § 7. nr. 1.

2) L. 4. § 4. D. *de re milit.* (XLIX, 16.) — L. 5. D. *de decur.* (L, 2.) — Cf. *Jo. Voet* ad Pand. *h. t.* § 7.

blicum ad tempus fuerit damnatus, etiam impleto tempore infamia ei adhaerescat [3]), sin ordine tantum motus aut advocatione prohibitus sit, transacto tempore infamia minime prorogetur [4]); at vero relegatus tanto tempore non admittitur ad honores, quanto per poenam abfuit [5]), nisi si severior, quam leges statuunt, damnato sit poena injuncta, quo quidem facto, de nota infamiae remittenda velut esse transactum videtur [6]). II) Turpitudinis maculam vitae morumque probitate tolli, rationi legibusque vel maxime esse conveniens videtur [7]). Denique III) quae ex vitae conditione humiliori orta est macula, ea libertinis quidem non nisi in integrum restitutione a principe facta olim poterat abstergi [8]); idemque de aliis quoque, qui vel propter natalium humilitatem, vel propter negotiorum sordes, vel poenae causa ab honoribus penitus prohibiti sunt, suspicari fas est: de reliquis vero, quin nota fuerint levati, simulac honestiorem vitae cultum eligerent, non est, quod dubitemus [9]).

§ 193. *De muneribus et honoribus* (*).

Civium jura, qua quidem rem publicam spectant, vel maxime in munerum [1]) suscipiendorum et potestate et necessitate cernuntur. Munus, quoties cum dignitatis gradu conjunctum est, dicitur honor [2]), qui quidem a munere, ut proprie dicitur, separari solet [3]). Est autem duplex munerum velut summum genus. Alterum, in quo ordinaria munera ab iis distinguuntur, quae extra ordinem imponi solent [4]), alterum, quo continentur species hae: et personalia munera, et patrimonii, et mixta [5]). Itemque patrimonii munera duplicia sunt: alia enim possessoribus injunguntur, sive incolae sunt, sive non sunt, eaque etiam peculiari intributionum nomine veniunt; alia non nisi civibus atque incolis [6]). Quae

3) L. 6. C. *ex quib. caus. infam. irr.* — *Marezoll* l. Abschn. IV. § 7. nr. 2.

4) L. 8. D. *de postul.* — L. 3. § 1. D. *de decur.* — L. 1. 1. *de his, qui in exil. dati vel ab ord. moti sunt.* (X, 59.) — L. 3. C. *ex quib. c. inf. irr.* — Attamen Papinianus a reliquorum sententia divertere videtur, quippe nullum inter relegatos, eosque, qui ordine moti sint, discrimen esse statuens L. 15. pr. D. *ad munic.* (L, 1.)

5) L. 2. C. *de his, qui in exil.* — Cf. L. 15. pr. D. *ad munic.*

6) L. 13. § 7. D. *de his, qui not. inf.* — L. 15. pr. D. *ad munic.* — L. 5. D. *de decur.* — L. 4. C. *ex quib. e. inf. irr.* «Si Posidonium in tempus anni relegatum, sententiam non excessisse proconsulis probaveris, quinque annis exilio temporali damnandum inter infames haberi non oportet: quoniam sententiae severitas eum caeteris damnis transigere videtur.» — Cf. *Cramer* (Dispunct. jur. civ. e. 1. p. 10 sqq.) qui, motus inprimis *Thalelaei.* Basil. Scholiast., auctoritate (Basil. T. II. p. 644. not. f.), ita nos legere jubet: » Si (i.e. *cum*) Posidonium in tempus anni relegatum, *secundum* sententiam non excessisse proconsulis (sive etiam: *provinciam*) probaveris.» *rel.* — At idem potestatem istam durioris irrogandae poenae, non nisi provinciarum proconsulibus ac praesidibus concessam fuisse arbitratur, maxime propter L. 10. § ult. D. *de poenis* — l. l. p. 1—4. — *Marezoll* l. (not. 3.) laud.

7) Cf. L. 1. pr. in f. D. *de cur. fur. dando* (XXVII, 10.)

8) Dig. (XL, 11.) *de natalib. rest.* et Cod. (VI, 8.) *de jure aureor. annulor. et de nat. rest.* — Cf. et Nov. 78. c. 1. (vid. et § 190. not. 35.).

9) Arg. L. 2. § 2. 3. D. *de decur.* — L. 7. pr. D. *de mun. et honor.* (L, 4.)

§ 193.

(*) Dig. (L, 4.) *de munerib. et honorib.*

1) L. 18. L. 239. § 3. D. *de V. S.* — D. 14. § 1. D. *h. t.* — Pr. I. *de exc. tut. et cur.* (*verb.*: « nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse.») Cf. *Westenberg* pr. jur. Dig. ad tit. de mun. et hon. § 5.

2) L. 6. § 3. L. 14. pr. D. *h. t.*

3) V. e. L. 2. § 8. L. 7. § 1. D. *de decur.* — L. 2. L. 9. L. 12. D. *h. t.*

4) L. un. C. *de vac. publ. mun.* (X, 45.) — L. 2. § 2. L. 33. § 7. C. *de episc. et cler.* (I, 3.) — Cf. § 194. not. 22.)

5) L. 18. pr. D. *h. t.* (cf. L. 1. pr. et § 3. *eod.* et *Noodt* Probabil. Lib. I. c. 12.). *Fr. Roth* de re municipali Romanorum Libri II. (Stuttg. 1801.) L. II. § 30. — a) L. 1. § 2. 4. L. 18. § 1—17. D. *h. t.* — Dig. (L, 7.) et Cod. (X, 63.) *de legationib.* — b) L. 1. § 1. L. 18. § 18—25. D. *h. t.* — Cod. (X, 41.) *de munerib. patrimoniorum.* — c) L. 18. § 26. 27. D. *h. t.*

6) L. 6. § ult. L. ult. § 21. 22. D. *h. t.* — L. 22. § 7. D. *ad mun.* — L. 1. L. 4. D. *de veteranis* (XLIX, 18.)

vero patrimonii munera in municipiorum circulis, eadem in aeraria ratione, aut provinciarum, aut totius orbis Romani, tributa, tum etiam vectigalia appellata sunt [7]; de quibus paullo plenius infra (§ 203.) dicetur.

§ 194. *De vacatione et excusatione munerum* (*).

A muneribus honoribusque excusari dicuntur, et qui prohibentur [1]), et qui vacationem habent, sive immunitatem [2]). Prohibentur igitur alii propterea, quod vel pleno non fruuntur civium jure atque honore (§ 191 sq.), vel criminis famosi sunt rei postulati [3]), alii, quia propter paupertatem honoribus sustinendis pares non sunt [4]), alii propter valetudinem [5]), alii propter sexum (§ 179. not. 3. a.), alii ob aetatem [6]), alii denique ob aliorum officiorum rationem [7]). Immunitas aut personis datur, aut rebus [8]). Et personae quidem excusantur aliae aetate [9]), aliae valetudine [10]), aliae sexu [11]), aliae liberorum numero [12]), aliae paupertate [13]), aliae dignitate [14]), tum etiam propter officiorum negotiorumque rationem, ut professores et medici [15]), ut milites et veterani (§ 188. not. 4.), aliique [16]). Praeterea temporalis quaedam vacatio impertitur nonnumquam et bonores munerave jam sustinentibus [17]), et iis, qui post deposita officia ad alia, vel munera vel honores, denuo vocantur [18]). Quemadmodum autem, qui vacationem habent, nec iisdem omnes gaudent privilegiis [19]), sic etiam ne hi quidem, quibus plenius concessum est immunitatis privilegium [20]), a patrimonii

7) Cf. *Festus* de V. S. h. v. (ap. *Gothofred.* p. 468.).—L. 32. § 9. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2.) — L. 17. § 1. D. *de V. S.* (L, 16.)

§ 194.

(*) Dig. (L, 5.) *de vacatione et excus. munerum*. (L. 6.) *de jure immunitatis*. — Cod. (X, 47.) *de excusationib. muner.* — *Roth* l. l. Lib. II. § 34. 35.

1) L. 1. § 3. D. *de postul.* (III, 1.)—L. 7. § 1. L. 11. D. *de decur.* (L, 2.) — L. 17. C. *de excus. tut.* (V, 62.) — Cf. § 14. I. *de excus. tut.*

2) De vocabulorum *excusationis*, *vacationis* et *immunitatis* significatione v. *Voet* ad Pand. Tit. *de vac. et exc.* § 1. et Tit. *de jure immunit.* § 1. — Cf. *Gaupp* de professorib. et medic. p. 71 sqq.

3) L. 17. § 12. D. *ad munic.* (L, 1.) — L. 7. D. *de mun. et hon.* (L, 4.) — L. un. C. *de reis postul.* (X, 58.)

4) L. 6. pr. et L. 14. § 3. D. *de mun. et hon.*

5) L. 1. § 2. 3. D. *de tut.* (XXVI, 1.)

6) L. 11. D. *de decur.* (L, 2.) — L. 8. D. *de mun. et hon.* — L. 2. pr. D. *h. t.* (L, 5.) — L. 2. § 1. D *h. t.* (L, 6.) — L. 2. § 1. D. *de reg. jur.*

7) a) L. 6. § 1. D. *de mun. et hon.* — L. 1. C. *de debitor. civit.* (XI, 32.) — b) § 14. I. *de excus.* — c) L. 52. pr. et Auth. *Presbyt.* C. *de episc. et cler.* (I, 3.)

8) L. 3. § 1. D. *de censib.* (L, 15.)

9) a) L. 3. D. *h. t.* (L, 6.) — L. 2. § 8. D. *de decur.* (L, 2.) — L. 10. C. *de decurionib.* (X, 31.) — Cui contraria esse videtur L. 3. C. *qui aet. vel professione se excus.* (X, 49.) Sed vid. *Thibaut* Archiv f. civ. Pr. VIII. p. 88 sqq. — Caeteroquin vid. L. 5. pr. et § 1. D. *h. t.* (L, 6.) et L. 1. § 3. D. *h. t.* (L, 5.). — b) L. 3. pr. D. *de censib.* — L. 2. § 8. D. *de decur.* — L. 1. C. *qui aet. se excus.*

10) L. 2. § 6. 7. L. 13. pr. D. *h. t.* (L, 5.)—Cod. (X, 50.) *qui morbo se excus.* — L. 7. § 1. D. *de decurion.* (L. 2.)

11) L. 3. § 3. D. *de mun.*

12) Pr. I. *de excus.* — L. 5. C. *de his, qui numero liberor. vel paupert. excusat. meruer.* (X, 51.) — L. 3. C. *eod.* — Caeteroquin vid. L. 2. § 2—5.—L. 14. pr. D. *h. t.* (L. 5.)—L. 2. C. *de his, qui num. lib.* — Cf. et L. 5. § 2. D. *h. t.* (L. 6.).

13) L. 4. § 2. D. *de mun.* — L. 6. in f. C. *h. t.* (X, 51.) (Cf. *Pothier* ad Tit. Pand. de vac. et exc. Nr. VIII.)—L. 4. § 1. D. *de mun.* — L. 10. § 3. D. *h. t.* (L, 5.)

14) L. 12. 16. C. *h. t.* (X, 47.) — L. 4. 5. 7. 15. C. *de dignit.* (XII, 1.) — Vid. et L. 17. § 1. D. *ad munic.* (L, 1.)

15) § 15. I. *de excus.* — L. 1. 4. 5. 6. et ult. — C. *de prof. et med.* (X, 52.)—L. 9. pr. D. *h. t.* (L, 5.) — L. 8. C. *de metat. et epidemet.* (XII, 41.) — De philosophis vid. L. 8. § 4. D. *h. t.* (L, 5.) — L. 8. C. *de profess. et medic.* — De poetis L. 3. C. *eod.* — Cf. et L. 2. § 8. D. *h. t.* (L, 5.) — Omnino autem cf. *Gaupp* l. l. § V. et VII.

16) Velut a) L. 1. 2. 6. 7. C. *de episc. et cler.* (I. 3.) Nov. 123. c. 6. — b) § 188. not. 7. 8. 9. — c) L. 5. § 10. D. *h. t.* (L, 6.) — L. 8. § 1. D. *h. t.* (L, 5.)

17) L. 10. D. *de mun. et hon.* — L. 10. § 4. L. 14. § 1. D. *h. t.* (L, 5.) — L. 3. § 16. *de mun.* — L. 1. § 1. D. *de operib. publ.* (L, 10.)

18) Cod. (X, 40.) *de mun. et hon. non continuand.* — L. 16. § 3. D. *de mun. et hon.* — L. 17. § 3. D. *ad munic.*

19) Vid. v. c. L. 4. § 2. L. 12. D. *de mun.* — L. 2. § 1. 4. L. 7. D. *h. t.* (L, 5.)

20) L. 13. § 1. D. *h. t.* (L, 5.)

oneribus immunes sunt [21]), praeter eos, quibus id principali beneficio nominatim tribuitur [22]). Neque vero personales immunitates plerumque egrediuntur personam [23]), nisi quae generi posterisque datae sunt, quo quidem facto, tamen ad eos duntaxat privilegium pertinet, qui ejusdem familiae sunt, i. e. qui non ex foeminis descendunt [24]). Contra vero spontanea muneris susceptione non perimitur privilegium [25]).

§ 195. *Civitas quomodo et acquiratur et amittatur.* — *Domicilium* (*).

Acquiritur civitas origine, vel paterna, quae quidem in legitime natis plerumque spectatur, vel materna [1]), itemque manumissione [2]), adoptione [3]), allectione [4]), domicilio. Tollitur eadem aut morte, vel naturali vel civili [5]), aut renuntiatione, quae vero non usquequaque fieri potest [6]). Et origo quidem duplex est : una juris, altera loci. Ac prior illa omnibus imperii Romani incolis in ipsa urbe Roma, tamquam communi omnium patria, tribuitur [7]). Quae autem ex vera origine, sive paterna sive materna, hujusque similibus causis, adoptione et manumissione, oritur civitas, ea perpetua est, ut, qui ita cives facti sunt, et eorum, qui in loco originis magistratum tenent, jurisdictioni subjiciantur, et in eo loco muneribus fungi necesse habeant [8]). Contra vero domicilium, licet et incolae munerum subeundorum officia detrectare nullo modo possint [9]), tamen *municipem* non efficit [10]). Est autem domicilium etiam duplex, alterum loci, alterum dignitatis [11]); itemque illud vel voluntarium est, vel necessarium, velut militum aliorumque, qui in officio publico sunt [12]), relegatorum [13]), tum etiam uxoris [14]), eorumque, qui vel patrifamilias parere necesse habent, vel tutoria auctoritate circumscribuntur [15]). Et voluntarium quidem una et animi destinatione et ipso facto constituitur, hoc pacto, ut nec sola possessio nec commora-

21) L. 10. pr. L. 11. D. *h. t.* (L, 5.) — L. 2. 3. C. *de munerib. patrim.* (X, 41.)

22) L. 18. § 30. D. *de mun.* (L, 4.) — Cf. L. 18. § 29. *de mun.* et Cod. (X, 48.) *de quibus munerib. vel praestationib. nemini liceat se excusare.* — De extraord. mun. vid. L. 6. L. 8. § 3. D. *h. t.* (L, 3.) — L. un. C. *de publ. mun. vac.* (X, 45.)

23) L. 1. § 1. D. *h. t.* — L. 3. § 1. D. *de censib.* (L, 15.)

24) L. 1. § 2. D. *h. t.* (L, 6.) — L. 13. D. *de mun.* — Cf. § 179. not. 3. d. — Caeter. vid. *Voet.* ad Pand. Tit. *de jure imm.* § 4.

25) L. 2. pr. D. *de veteranis* (XLIX, 18.) — L. 2. pr. L. 5. § 13. D. *h. t.* — L. 6. Cod. (X, 43.) *de his, qui sponte publica munera subeunt.*

§ 195.

(*) Dig. (L, 1.) *ad municipalem et de incolis.* Cod. (X, 38.) *de municipibus et originariis*, et (X, 39.) *de incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in aliena civitate degunt.* [Cod. Nap. 102 — 111.]

1) L. 1. § 2. D. *h. t.* — L. 9. *eod.* — Cf. L. 19. D. *de statu hom.* (I, 5.) — L. 6. § 1. D. *h. t.* — Cf. *Cujacii* obs. XXIV. c. 33.

2) L. 6. § 3. L. 22. pr. § 2. L. 23. pr. L. 27. pr. L. 37. § 1. D. *h. t.* — L. 17. § 8. D. *h. t.*

3) L. 15. § 3. D. *h. t.*

4) L. 1. § 1. D. *h. t.* — L. 7. C. *h. t.* (X, 39.) — Cf. § 187. not. 5.

5) L. 16. L. 17. § 6. D. *h. t.*

6) Vid. v. c. L. 34. D. *h. t.* — L. 4. et 5. C. *h. t.* (X, 38.) et not. seq. ibiq. context.

7) Forum originis commune, quod opponitur proprio vel speciali. *Cic.* or. de lege agrar. II, 32. *Id.* de legib. II, 2. — L. 33. D. *h. t.* — L. 6. § 11. D. *de excus.* (XXVII, 1.) — Cf. L. 7. C. *in quib. c. pign. tac. contr.* (VIII, 15.) et L. un. C. *de privil. urb. Constantinopolit.* (XII, 20.)

8) L. 15. § 3. L. 17. § 9. L. 22. § 2. L. 29. D. *h. t.* — L. 1. 3. 4. 5. C. *h. t.* (X, 38.). — Cf. et not. 19.

9) Cf. not. 8. et vid. L. 20. et 34. D. *h. t.* — L. 6. in f. D. *de mun.* (L, 11.) C. *de adpellat.* (VII, 62.)

10) Cf. § 187. not. 5. et L. 6. in f. — L. ult. § 22. D. *de mun.* — L. 17. § 11. in f. D. *h. t.*

11) L. 11. D. *de senator.* (I, 9.) — L. 8. C. *h. t.* (X, 39.)

12) Arg. L. 23. § 1. D. *h. t.*

13) L. 22. § 3. D. *h. t.* — L. 27. § 3. *eod.*

14) L. 5. in f. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.) — L. 22. § 1. D. *h. t.* — L. un. C. *de mulierib., in quo loco munera sexui congruentia, vel honores agnoscant.* (X, 62.) — Cf. L. 37. § 2. D. *h. t.*

15) Arg. L. 1. § 2. D. *de R. V.* (VI, 1.) et L. 1. pr. L. 5. D. *ubi pup. ed. vel morari* (XXVII, 2.) — Cf. L. 18. in f. D. *de alim. leg.* (XXXIV, 1.)

tio ad tempus duntaxat facta sufficiat [16], verum ibi demum domicilium sit, ubi quis rerum fortunarumque suarum summam constituit, unde non est discessurus, si nihil avocet, proficiscens vero videtur peregrinari [17]. Et similiter tollitur non nuda contestatione, sed re et facto [18]), cujus quidem instituendi liberum plerumque est cujusque arbitrium, nisi quod muneribus publicis jam destinati, antequam domicilium relinquant, ad perficienda ejusmodi munera tenentur [19]). At vero necessarium non fere nisi consentiente vel imperante vel patrefamilias tolli mutarive potest [20]). Quemadmodum autem nihil impedit, quo minus aliquis duobus simul locis habeat domicilium, sic etiam contraria fere ratione effici potest, ut nuspiam loci constitutum sit cujusquam ac collocatum domicilium [21]).

SECTIO II. DE FICTARUM PERSONARUM CIVITATE.

§ 196. *Notio ac totius loci constitutio.*

Fictas personas eas appellamus quae, cum in oculos non incurrant, tamen mente et cogitatione informantur tamquam personae, quibus civitas tribuatur [1]). Quo in genere cum homines continentur plures, qui vel simul atque una sunt [2]) vel deinceps [3]), tum vero etiam res, ut hereditas [4]), ut fiscus, ut instituta publica, velut ea, quae vocantur pia corpora. His igitur omnibus persona est imposita, usque adeo, ut et jurium acquirendorum et obligationum contrahendarum facultatem habeant, et juris sui tuendi causa ipsis praesidia, tamquam civibus comparata sint; licet nec omnia, quae singulis hominibus scripta sunt, aeque conveniant in fictas personas, nec harum ipsarum par sit conditio, idemque omnibus jurium usus. Jam vero de singulis ita sumus dicturi, ut primo quidem de personarum universitatibus exponamus, dein ad pia corpora nos convertamus, postremo vero loco de jure fisci videamus; nam de reliquis non est, quod hoc quidem loco amplius dicatur. (Vid. infra § 609 not. 5. § 610 sq. et § 697.)

§ 197. I. *Personarum universitates* (*). *Principia generalia.*

In personarum universitatibus hae inprimis sunt, quae memorentur: respu-

16) L. 17. § 5. 13. D. *h. t.* — L. 2. et 4. C. *h. t.* (X. 39.)

17) L. 7. C. *h. t.* (X, 39.) — L. 203. D. *de V. S.* —Cf. *Gluck* Pand. VI. § 515. p. 272. not. 42.

18) L. 20. D. *h. t.*

19) L. 34. D. *h. t.*

20) Nec contrariae sunt, quod quidem attinet ad jus patriae potestatis, L. 3. 4. 6. § 1. — L. 17. § 11. D. *h. t.*—Cf. not. 1. et *Gluck* Pand. VI. § 512. p. 268.

21) L. 5. L. 6. L. 27. § 2. D. *ad munic.* (L. 1.) — *Chr. Thomasius* D. de vagabundo, seu eo, qui est sine domicilio (Lips. 1679. 4. et in *ejus* Diss. Lips. Nr. II.) c. II. *Ejusd.* D. de jure vagabundorum (additam. Diss. laud. Lips. 1679.).

§ 196.

1) Justo igitur latius in fictarum personarum notione constituenda progreditur *Heise* Grundr. Buch. 1. C. IV. § 98. Not. 15. — Vid. *Auctoris* Beurtheilung des Städelschen Erbrechtsfalls. p. 164. not. 115.

2) L. 22. D. *de fidej.* (XLVI, 1.) — L. 25. D. *ad munic.* (L, 1.)

3) a) L. 56. L. 57. D. *de leg.* II. — b) L. 20. § 1. D. *de ann. leg.* (XXXIII, 1.) (*Alex. ab Alexandro* genial. dier. V, 17.) — c) Nov. 134. c. 6. — c. 5. *de rescr.* in VI. (1, 3.)

4) Pr. I. *de stipul. serv.* — L. 15. pr. D. *de interr. in jure fac.* (XI, 1.) — L. 31. § 1. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.) — L. 22. D. *de fidej.* « hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas. » (Cf. § 200. not. 1.)

§ 197.

(*) Dig. (III, 4.) *Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur.* — *J. L. Gaudlitz* (verus auct. *Haubold*) D. de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis. Lips. 1804. (In opuscul. Vol. II. p. 547 — 620. Vid. annotat. *Wenckii* in praef. p. LXIII — LXVI.). — *C. S. Zachariae* liber quaest. 1. Qu. X. — *H. E. Dirksen* üb. den Zustand der jurist. Personen nach röm. R. (civilist. Abh. II. Nr. I.).

blica, municipia horumque similes civitates [1], curiae omninoque eorum, qui in officio publico sunt universitates, denique societates ejusmodi, quae prae caeteris vocantur collegia. Quoniam vero in juris privati disciplina de totius imperii republica satis erit, eo in loco dicere, qui est de jure fisci (§ 202.), hac quidem relicta jam de reliquis videamus, hoc pacto, ut prius eorum tractatione habita, quae in omnes aut certe in plerasque conveniant universitates, ad ea deinceps pergamus, quae singulis propria sunt. Itaque 1) ut rite incantur universitates perficianturque, vel legis auctoritate vel imperantis decreto opus est [2]. 2) Jurium, quibus utitur universitas, alia dicuntur originaria, alia adventitia. In illorum numero sunt, et de rebus suis communiter statuendi facultas, scilicet quatenus non refragatur jus publicum [3], et omnino omnia fere agendi obtinendique, quaecunque ad singulos homines citra speciale privilegium pertinere solent [4]; quapropter nec de eo dubitandum, quin jus sigillorum impressione decreta muniendi confirmandique, sua sponte tribuendum sit universitati [5]. In adventitiis ea jura habenda sunt, quae etiam singulis hominibus non nisi ex jure singulari competere possunt, ut jurisdictio, ut jus fisci, ut statutorum legalium, quae vocant, condendi facultas [6], ut onerum publicorum immunitates, et quae ex eo genere similia sunt [7]. 3) Collegarum sociorumque cooptatio pro diversa universitatum natura atque indole, nunc in originariorum jurium numerum referenda est, ut in opificum collegiis, nunc in adventitiorum. At vero jus excludendi sodales a collegii consortio non habet universitas, nisi aut jurisdictione, aut pacto. 4) Quodsi conventus ineundi decretaque sancienda sunt, tum, nisi de alia rerum communium peragendarum forma ac ratione constet, aut statis aut indictis diebus, duae ad minimum universitatis partes adsint, atque ex praesentibus plurimorum suffragia in unum consentiant necesse est [8]. Quo quidem facto, hi quoque, qui vel non adfuerint, vel dissenserint, decretum universitatis sic, tamquam si omnes ac singuli in idem convenissent, observare atque implere debent, eatenus scilicet, quoad plurimorum placitum neque publico juri adversetur, nec singulorum jura offendat [9]. Quae tamen offensio non eo solo cernitur, quod forte, qui dissentiunt, aut de suo aliquid in arcam communem inferre, aut juribus alioquin ad se pertinentibus cedere coguntur, dummodo nec finem universitati propositum egressa sit major decernentium pars, nec de rebus negotiisque statuerit ejusmodi, quae a jure ac fine universitatis prorsus aliena sunt [10]. 5) Neque vero praetermittendum est, quod ad formam adtinet atque ordinem, quo res negotiaque universitatum agenda sunt ac moderanda, alias quidem universitates certis uti antistitibus, formulamque regiminis certam habere ac definitam, easque appellari *ordinatas*; alias vero, quas

1) *Dirksen* ad tab. Heracl. part. alt. p. 2—12.

2) L. 1. pr. D. *h. t.* — L. 3. § 1. D. *de coll. et corp.* (XLVII, 22.) — Cf. *Fr. Roth* de re munic. II. § 1. — *Zachariae* l. l. § 1. p. 61. 62. § 2. p. 65. 66. — *Auctoris* Beurtheilung des Städelschen Erbrechtsfalls p. 148 — 162. — *Puchta* System des gem. Civilr. p. 43. § 2.

3) L. ult. D. *de colleg. et corp.*

4) L. 22. D. *de fidejussor.* — L. 1. § 1. D. *h. t.* — *Zachariae* l. l. § 17. p. 87.

5) *Thibaut* Pand. § 221. nr. IV. — Dissent. *J. M. Gossel* comm. de eo, quod justum est circa sigilla universitat. Lips. 1750.

6) Cf. *Glück* Pand. I. § 89 sqq. p. 500 sqq. His statutis legalibus vulgo opponuntur conventionalia.

7) Cf. § 198. not. 2—7. § 200. not. 10.

8) L. 3. 4. D. *h. t.* — L. 19. pr. D. *de tut. et cur. dat.* (XXVI, 5.) — L. 2. 3. D. *de decret. ab ord. fac.* (L, 9.) — L. 2. 3. C. *de praed. decur. sine decr. non alienand.* (X, 33.) — L. 160. § 1. D. *de reg. jur.* — L. 5. C. *de legat.* (X, 65.) — Cf. *Thibaut* civ. Abh. p. 389 sq.

9) L. 19. D. *ad municip.* — L. 1. L. 160. § 1. D. *de reg. jur.* — Cf. *Haubold* l. l. c. III. § 2.

10) Cf. *Zachariae* § 10. p. 75. 76. § 16. p. 86.

vocant *inordinatas*, ipsorum sodalium decretis, iisque, quos sibi in singulis causis elegerint, administris ac tuitoribus regi ac defendi. Atque ex eorum numero, quibus rerum ad universitatem spectantium cura committi solet, inprimis nominandi sunt actores et syndici, i. e. qui ad causas universitatum apud magistratus judicesve agendas defendendasque constituti sunt [11]). Administratorum autem jura atque officia cum ex communibus principiis (§ 130 — 132.) aestimanda sunt, tum ex iis, quae de jure eorum, qui in officio publico sunt, mox sumus expositiuri [12]). 6) Quemadmodum autem apud ipsam universitatem est persona, non apud singulos, qui in illa sunt, homines [13]), sic etiam haec, quam saepe vocamus, persona, ex singulorum civium jure eatenus tantum aestimatur, quatenus id universitatis natura patitur. Ex quo intelligitur, nec delictorum causam nec poenarum rationem prorsus esse eandem in universitatibus, atque est in singulis hominibus [14]), licet de eo quidem, quin delinqui et ab universitate et adversus eandem possit, non est, quod dubitemus [15]). In privatis quidem causis, universitatum par plerumque est et jurium acquirendorum [16]), et obligationum contrahendarum [17]), et actionum instituendarum [18]) facultas, quae singulorum; neque tamen plane iisdem de bonis suis statuendi formis, quibus singuli cives, utitur universitas, quippe quae jus testamentorum condendorum non habeat. Caeterum in patrimonii juribus universim aestimandis nihil refert, utrum administratorum curae bona committantur, an singulorum usibus pateant, siquidem semper uno modo ad ipsam universitatem spectant patrimonii jura [19]). 7) Exstinguitur universitas vel imperantis judicisve decreto, vel sodalibus exstinctis idque ad unum omnibus [20]), quo quidem facto bona cedunt fisco [21]); denique sociorum de dissolvenda universitate inter se facta conventione. Ut autem quaeque universitas maxime conjuncta est cum reipublicae statu ac forma, ita minime fieri poterit, ut libero collegarum arbitrio ab ea

11) L. 1. § 1. 2. — L. 6. § 1. 3. D. *h. t.* — L. ult. § 13. D. *de mun. et hon.* (L, 4.) — L. 10. D. *h. t.* — L. 3. § 4. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.) — Cf. *Schulting.* enarr. part. primae Dig. *h. t.* § 2. — *J. F. Hauschild* Pr. *E. M. Chladenio* D. de syndicis et instrumento syndicatus. Vit. 1757. — *M. A. Engel* D. de syndicatu et ejus valida renunciatione. Lips. 1737. — Cf. et Cl. *Cic.* et *Brissonius* (de V. S.) v. *ecdicus*, et *Wassenaerii* D. infra (§ 200. not. *.) laud. c. V. p. m. 427 sqq. — Vid. et *Dirksen* l. l. p. 57 sqq.

12) Vid. § 199. et cf. L. 5. § 10. 12. D. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.)

13) L. 6. § 1. D. *de div. rer.* (I, 8.) — L. 2. D. *h. t.* — L. 7. § 1. D. *eod.* — Cf. *Seneca* de benef. VI, 20. — *Bynkershoek* quaest. jur. publ. II, 15.) — L. 7. § 2. *eod.* — L. 76. D. *de jud.* (V, 1.) — L. 2. § 2. D. *ne quid in loco publ. vel itin. fiat* (XLIII, 8.) — Quibus vel maxime conveniunt, quae leguntur L. 10. § 4. D. *de in jus voc.* (II, 4.) — L. 1. § 15. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — L. 1. § 7. in f. D. *de quaest.* (XLVIII, 18.) — Cf. *Haubold* l. l. c. IV. § 13. 14. et infra not. 19.

14) Cf. *E. F. Klein* im Archiv d. Crim. R. Bd. III. St. III. Nr. II.

15) L. 9. § 1. D. *quod met. c.* (IV, 2.) — Auth. *item nulla* et Auth. *item quaecunque* C. *de ep. et cler.* (I, 3.) — Neque contraria est L. 15. § 1. D. *de dolo malo.* (IV, 3.), non magis ac c. 5. *de sent. excomm.* in 6. (V, 11.), quippe quod excommunicationis poenam irrogari universitatibus vetat. Vid. *N. H. Gundlingii* de universitate delinquente ejusque poenis (in exercitt. acad. Nr. XVI.). — *Leyser* de delictis collegiorum (med. ad Pand. Sp. 535.). — *Dabelow* Handb. des Pand. R. p. 33 sqq. — Cf. *G. E. Kreuster* Pr. *J. C. Heimburg* D. de spolio universitatis. Jen. 1788. — Dissent. *T. Thomasius* in D. § 199. not. 7. laud. — *Haubold* c. IV. § 16. et *Zachariae* § 18. p. 88.

16) V. c. L. 2. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — L. 12. D. *de servit.* (VIII, 1.) — L. 5. § 7. 9. D. *de pec. const.* (XIII, 5.) — Id, quod subinde etiam in hereditariis causis obtinuit. *Ulpiani* Fr. XXII. § 5. XXIV. § 28. — L. 3. § 4. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.) — L. un. D. *de libert. univ.* (XXXVIII, 3.) — L. 1. 2. D. *de manum., quae serv. ad univ. pertin.* (XL, 3.) — L. 12. C. *de hered. instit.* (VI, 24.) — § 27. I. *de legat.* — Tit. Cod. *de incert. person.* (VI, 48.) — (Caeter. vid. L. 8. C. *de hered. inst.* (VI, 24.) — *Auctoris* Beurtheil. etc. p. 167 — 181.) — Cf. omnino *Dirksen* l. l. (not. *.) p. 110 — 143.

17) L. 8. 9. D. *h. t.* — L. 27. D. *de R. C.* (XII, 1.)

18) a) L. § 2. 3. D. *h. t.* — L. 1. D. *de loco et itin. publ.* (XLIII, 7.) — *Zachariae* § 19. p. 90 — 94. — *G. S. Wiesand* D. de facultate denominandi juraturos. Vit. 1782. — b) L. 1. D. *de manum., quae serv. ad univ. pertin.* (XL. 3.)

19) Vid. not. 13.

20) L. 7. § 2. D. *h. t.*

21) § 201. nr. 3. not. 11. et *Zachariae* § 15. nr. 3. p. 83.

discedatur. Quodsi potest, tum majoris partis suffragiis et de dissolvenda societate et de dividendis bonis recte statui posse, ex principiis supra positis patet [22]).

§ 198. *Singillatim.* 1) *De civitatibus* (*).

Civitates, quae etiam rerumpublicarum nomine veniunt [1]), compluribus iisque gravissimis utuntur privilegiis, in quibus ea maxime eminent, quae ad patrimonium vel augendum [2]) vel conservandum [3]) spectant. Atque eadem utilitatis ratio effecit, ut alienari non possent res civitatum, saltem pretiosiores, nisi certis adhibitis solemnitatibus [4]), nec legatam municipio pecuniam alios in usus, quam quibus defunctus destinaverit, citra principis auctoritatem convertere fas esset [5]). Praeterea civitates et a satisdationibus immunes sunt (§ 127. not. 7.), et bona earum, sicut vocantur publica [6]), ita etiam in nonnullis, quae ad juris publici statum ac formam propius accedunt, publicorum jure aestimantur [7]). At vero fisci jure privilegiisque non utitur civitas, nisi quae nominatim ei a principe concessa sint [8]). De reliquis, quae ad jus municipale spectant, cum prorsus illa abhorreant a privati juris ratione, non est, quod hoc loco quaeramus.

§ 199. 2) *De iis, qui publico munere funguntur.*

Ii quoque, qui publico muneri, vel simul vel deinceps, praesunt, unius hominis vicem sustinent [1]); ac singulare etiam privilegium concessum est curiis, quod intestatorum curialium hereditates, si absque legitimo herede moriantur, sibi habere possunt [2]). Quamvis autem nihil impedit, quo minus quis plura simul munera subeat, nemo tamen duobus pluribusve magistratibus, hisque similibus officiis, eodem tempore fungi potest [3]). Quae vero alioquin de hoc personarum

22) Inter se suotcoofereodi de quaestione proposita serptores hi: *J. F. Runde* Beiträge zur Erlaut. rechtl. Gegenst. Bd. I. nr. I.—*Haubold* l. l. c. IV. § 1 — 10.—*Zachariae* § 6. p. 68 — 71. § 12. p. 78. 79. et inprimis *Thibaut* civilist. Abhandl. Nr. XVIII.—*Marezoll* in *Loehr's* Magaz. T. IV. Nr. XI. 7. p. 207 — 212.

§ 198.

(*) Cod. (XI. 29.) *de jure reipublicae.* — Dig. (L, 8.) *de administr. rer. ad. civit. pertin.*—*Roth* de re municipali c. II.

1) *Brissonius* v. *respublica.*

2) Velut a) Tit. Dig. *de pollicitationib.* (L, 12.)— b) L. 30. D. *de usur.* (XXII, 1.)

3) a) L. 23. C. *de sacros. eccl.* (I, 2.) (Caeter. vid. infra loc. de usucapione et praescriptione § 267 not. 11.) — b) L. 38. § 1. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) — c) L. 2. C. *de debitor. civit.* XI, 32. (*Auctoris* Cession § 44. nr. 2.) — d) L. 9. § 9. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* (L, 8.)—L. 4. C. *quo quisque ord. conv.* (XI, 35.) — Cf. L. un. C. *de his, qui ex officio, quod administr. conveniuntur.* (XI, 38.)—e) L. 8. C. *de operib. publ.* (VIII, 12.)—f.) L. 27. D. *de R. C.* (XII, 1.)—g) L. 4. C. *ex quib. caus. major.* (II, 54.)—L. 3. C. *de jure reipubl.*—L. 1. C. *de off. ej., qui vicem jud. vel praesid. obtin.* (I, 50.)—Cf. L. 9. D. *de appell.* (XLIX, 1.)—*Dirksen* l. l. p. 101.

4) L. 3. C. *de vendend. reb. civit.* (XI, 31.)

5) L. 1. D. *de adm. rer. ad civit. pertin.* — L. 5. § 1. D. *eod.*

6) L. 17. D. *de V. S.*—L. 53. D. *loc.* (XIX, 2.) —L. 9. D. *de usurp.* (XLI, 3.)—L. 11. § 1. D. *quod aut clam.*

7) V. c. a) L. 8. § 2. D. *de div. rer.* (I, 8.)—b) L. 4. in f. D. *ad L. Jul. pecul.* (XLVIII, 13.)—Qua tamen cum lege ut concilient L. 81. D. *de furt.* XLVII, 2. (« Ob pecuoiam civitati subtractam actiooe furti, non crimioe peculatus teoetur ») frustra laborant JCti, velut *Bynkershoek* observ. jur. Rom. IV, 3.—Cf. *Cujacius* ad Papin. Lib. I. resp. (opp. postum. ed. Paris. T. I. P. II. p. 15.)—*H. Grotius* flor. spars. ad jus Justin. p. 316.

8) L. 10. *ad municip.* (L, 1.)—L. 1. C. *de bon. vacant.* X, 10.—(Cf. tameo *Plinii* ep. X, 87. [88].) — L. 1. C. *de vend. reb. civ.* (XI, 31.)—Cf. *Meissner* stillschw. Pfandr. § 94.

§ 199.

1) L. 25. D. *ad munic.* (L, 1.)

2) L. 4. C. *de heredit. decur.* (VI, 62.)

3) L. 14. § 1. C. *de assessor.* (I, 51.)—L. 10. § 1. C. *de prox. sacr. scrin.* (XII, 19.)—L. 5. pr. C. *qui milit. poss.* (XII, 54.)

genere dicenda sunt, iis fere absolvuntur, quae ad periculi quaestionem spectant, quale scilicet ab administratoribus rerum publicarum subeundum sit. Jam vero 1) ipsi administratores damnum et dolo et quavis culpa datum resarcire necesse habent; heredes eorum non nisi ex defunctorum lata culpa tenentur [4]). Rursus autem fidejussores, tum etiam nominatores sive creatores [5]), propter omnem administratorum culpam conveniri possunt [6]). 2) Qui muneri publico praesunt vel praefuerunt, eorum, qui ipsis in officio vel antecesserunt vel successerunt, culpam non praestant [7]). 3) Eam quaestionem quod attinet: ex pluribus collegis quatenus alter pro altero obligetur, primum omnium magistratus separandi sunt a muneribus, ut quidem proprie vocantur [7a]). Licet enim eorum quoque, qui in eodem magistratu sunt, officium individuum periculumque commune sit [8]), tamen hoc sic accipiendum est, ut non solum post eum, qui gessit rem, ejusve heredes conveniendi sint collegae, verum etiam, nisi invicem periculum in se receperint [9]), post fidejussores ac nominatores [10]), idque eatenus duntaxat, quoad ipsi fuerint negligentes [11]). In muneribus vero, siquidem pluribus pro indiviso munus injunctum fuit, etiam ante fidejussores excutiendi sunt collegae, ut nec culpae ipsorum mentio facienda sit [12]); sin separatis partibus divisisque officiis, tum collegae ut postremo demum loco, i. e. post nominatores, ita non nisi ob propriam culpam conveniri possunt [13]).

§ 200. 3) *De collegiis et corporibus* (*).

Quaecunque fiunt hominum coitiones tamquam perpetuae stabilesque permansurae, praeter eas, de quibus modo dictum est, eae et societatum [1]) et gene-

4) L. 6. D. *de adm. rer. ad civ. pertin.* (L, 8.)— L. 4. L. 6. D. *de magistr. conv.* (XXVII, 8.)—L. 17 C. *de negot. gest.* (II, 19.)—Cf. L. 9. § 1. et 4. D. *de adm. rer. ad civ. pertin.*

5) L. 2. C. *de decur.* (X. 31.)—Tit. C. *de peric. nominator.* (XI. 33.)—L. 2. § 7. D. *de adm. rer. ad civ. pert.*—L. 2. C. *quo quisq. ord.* (XI, 35.)—Caeter. vid. *Savigny* Gesch. des Röm. R. im Mittelalter I. p. 20.

6) L. 3. § 4. D. *de adm. rer. ad. civ. pert.*—L. 13. D. *ad munic.*—L. 17. § 15. *eod.*—L. un. C. *de per. eor., qui pro magistr. interv.* (XI, 34.)—L. 15. § 1. D. *ad munic.*—L. 2. § 7. D. *de adm. rer. ad civ. pert.*—L. 1. C. *de per. nominat.* (XI, 3.)—Caeter. vid. L. 17. § 15. D. *ad municip.*—L. 1. pr. D. *de magistr. conveniend.* (XXVII, 1.)

7) L. 9. § 9. D. *de adm. rer. ad civ. pert.*—L. 23. C. *de decur.* (X, 31.) — Cf. et L. 1. in f. C. *quo quisque ord.* — Dissent. *C. H. Weise* Pr. *J. F. Richter* D. de obligat. successor. in collegiis ex antecessorum fact. Lips. 1754.—At vid. et *T. Thomasii* D. an ex facto antecessorum illicito teneatur collegium. Lips. 1733, et *C. F. C. Becker* D. an et quatenus collegium culpam ab uno alterove ex suis membris vel antecessoribus commiss. praestare teneatur. Goett. 1741.

7a) [In nova, quam lingua Germanica publicavit, editione, opinione mutata, magistratus a muneribus non separandos sed generatim id, quod factum est, omnium et cujusque culpa factum esse praesumendum, censet Auctor, ita quidem, ut damnum datum resarcire omnes necesse habeant, is vero, qui commiserit, prior teneatur. Cui non obstare videtur L. 1. 2. C. *quo quisque ord.*—Vid. *Ribbentropp.* zur Lehre von den Correal-Obligationen § 19. p. 75 sq. not. 17. 18. — E. G.]

8) L. 25. L. 11. D. *ad munic.* — Cf. L. 2. § 8. D. *de adm. rer. ad civ. pert.* — Cf. *J. Fl. Rivinus* D. de culpa ab uno collegar. commissa a toto collegio praest. Lip. 1742.

9) L. 1. pr. D. *de magistr. conv.*—L. 3. C. *quo quisque ord. conveniatur.* (XI. 35.)

10) L. 11. 12. 13. D. *ad municip.* (Cf. *Cujacius* ad Papin. Lib. II. quaest. in opp. post. ed. Par. T. I. P. I. p. 36 sqq.)—L. 4. C. *quo quisq. ord.*—Caeter. vid. et L. 7. D. *de magistr. conv.* et Arg. L. 1. § 14. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII. 3.)

11) L. 13. D. *ad munic.*—L. 4. in f. C. *quo quisq. ord.*

12) Nam « *in solidum* reipublicae obligantur » (L. 1. C. *quo quisque ord. conv.*) s. « unusquisque eorum *periculo soliditatis* videtur obstrictus » (L. 2. *eod.*). — Caeterum quod Divi fratres rescripserunt: « curatorem etiam nomine collegae teneri, *si intervenire et prohibere eum potuerit* » (L. 9. § 8. D. *de adm. rer. ad civ. pertin.*), id, utrum generatim accipiendum sit, nec ne, in medio relinquendum esse censeo. Certe eo, quo utimur, jure nihil ei imputandum erit, qui intervenire et prohibere non potuit.

13) L. 1. 2. C. *quo quisque ord.*— Arg. L. 2. C. *de div. tut.* (V, 52.)

§ 200.

(*) Dig. (XLVII, 22.) *de collegiis et corporibus* (al. *illicitis* vid. *Dirksen* l. l. p. 4. not. 6. p. 38. not. 101.). — *J. G. Heineccii* D. de collegiis et corporib. opificum (opusc. varior. syll. exerc. IX.). — *J. L. H. de Wassenaer* D. ad Tit. D. de coll. et corp. (in *Fellenbergii* jurisprud. ant. T. I. Nr. VII.).

1) L. 1. § 1. D. *quod cujusc. univ. nom.* (III. 4.) L. 59. pr. D. *pro soc.* (XVII, 2.) (« haec in *privatis societatibus* ait: in societate vectigalium nihilominus manet societas »).—L. 22. *de fidejuss.* (XLVI,

rali collegiorum corporumque nomine [2]) appellantur; velut sacerdotum, mercatorum, publicanorum, artificum, opificum, caetera [3]). Jam vero aut licita s. legitima sunt collegia, aut illicita seu improbata, i. e. quae citra legis principisve auctoritatem fiunt [4]); atque in his qui sunt, et discedere coguntur [5]), et praeterea peculiaribus afficiuntur poenis [6]). Neque vero omnibus, quae non improbantur, collegiis [7]), personam habere, concessum est [8]), quamvis conventus habere, leges sibi ferre, aliaque complura facere, quae in originariis universitatum juribus haberi solita sunt, illis quoque licitum esse potest [9]). Haec autem, quae personae vice funguntur, institui nequeunt, nisi in coëundo tres ad minimum adsint homines [10]), quamvis et una persona retineatur societas (§ 197. not. 20.); nec vero licet cuiquam, plurium simul collegiorum esse sodalem [11]). Sunt etiam quaedam ex horum collegiorum numero, quae praeter jura universitatum communia peculiaribus nonnullis fruuntur privilegiis [12]).

§ 201. II. *Pia corpora.*

Piorum corporum s. piarum causarum nomen ex usu quodam loquendi JCtis familiari ad ejusmodi instituta trahi solet, quaecunque aut cultui divino inserviunt, aut hominum vel sustentandorum, vel curandorum, vel educandorum, vel erudiendorum, vel corrigendorum causa comparata sunt [1]). Licet autem pleraque, quae ad hujusmodi instituta spectant, et canonici et patrii juris disciplinis propius describi conveniat, ac praeterea ne ea quidem, quae jure Romano agnoscuntur, per omnia sibi similia sint: tamen nonnulla praecepta, tamquam communia, nec ab eo jure, quo utimur, abhorrentia, ex libris nostris depromi poterunt, haec scilicet: 1) Commercium pia corpora habent omnium rerum, quae hominum usibus subjiciuntur, ut, quemadmodum singuli homines, sic etiam illa, cum inter vivos tum mortis causa sibi quaerant jura [2]). 2) Complura etiam privilegia et jurium acquirendorum [3]), et damnorum avertendorum [4]),

1.)—L. 31. in f. D. *de furt.* (XLVII, 2.)—Cf. *Hasse* Güter-Gemeinsch. p. 190. not. 3.

2) Cf. *Wassenaer* l. l. c. 1. — *Dirksen* p. 5. not. 7. 8. 10.

3) Cf. *Brissonius* v. *collegium* § 2. v. *corpus* § 6.

4) L. 1. pr. et § 1. L. 3. § 1. D. *h. t.* — Cf. *Cujacii* observ. VII, 30.

5) L. 3. pr. D. *h. t.*—Vid. *Heineccius* l. l. c. l. § 25.

6) L. 1. § 14. D. *de offic. praef. urbi.* (1, 12.)—L. 2. D. *h. t.* (cf. *Cic.* ep. ad Qu. Fr. II, 3.). — L. 15. C. *de ep. et cler.* (1, 3.) — *Wassenaer* l. l. c VI.

7) Cujusmodi est collegium liberalium fabrorum, quos vulgo vocant *Freimaurer, les francs-maçons.* — Cf. *Wassenaer* c. IV. p. 418.

8) Huc referenda videntur, quae de legatis Judaeorum universitati relictis scribuntur. L. 1. C. *de Jud.* (1, 9.) — (Caet. cf. *Cujacii* obs. VII, 30. et *Dirksen* l. l. p. 142.)

9) Vid. *Auctoris* Beurtheilung etc. p. 160. 161.

10) L. 85. D. *de V. S.* (cf. L. 40. § 3 *eod.*).—L. 1. § 16. 17. D *de vi.* (XLIII, 16.)—*Merillii* observ. II, 24.

11) L. 1 § 2. D. *h. t.* (cf. *Dirksen* p. 88. et not. 266.).—c. 5. X. *de praebend.* (III, 5.)

12) Velut a) L. 5. § 12. D. *de jure immun.* (L, 6.) —b) L. 1. 2. 3. 5. C. *de hered. decur. naviculariorum, cohortalium, milit., et fabricensium* VI, 62. (cf. *Dirksen* p. 99. 100.). — Caeter. de harum rerum usu hodierno vid. *Heineccius* l. l. c. II.

§ 201.

1) *J. H. Boehmer* de privilegiis legatorum piorum genuinis et spuriis (exerc. ad Pand. T. V. Nr. 80.) c. 1. § 2—7. — Cujusmodi institutorum in jure Romano hae potissimum inveniuntur formae: deorum templa, ecclesiae aliaeque venerabiles domus, ut monasteria, asceteria, orphanotrophia, brephotrophia, gerontocomia, ptochotrophia, nosocomia, xenodochia, [L. 24. C. *de sacros. ecclesiis* (1, 2.) L. 35. C. *de ep. et cler.*], (1, 3.). tum etiam legata in redemtionem captivorum relicta L. 28. C. *de ep. et cler.* — Caeterum maximopere cavendum, ne ulterius progrediendo in piorum corporum definitione ad ea prolabamur, quae nullo modo ad pietatis causam referri possunt.—Cf. *Auctoris* Beurtheilung etc. p. 141 sqq.

2) *Ulpiani* Fr. XXII. § 6. — L. 1. 13. 26. C. *de sacros. eccles.* — L. 24. L. 49. C. *de ep. et cler.* — Cf. *Dirksen* civ. Abhandl. II. p. 137. 138.

3) a) L. 2. D. *de pollicit.* (L. 12.)—b) § 23. 26. I. *de act.*—§ 1. I. *de poena tem. litig.*—c) L. 20. C. *de ep. et cler.* — d) c. 11. X. *de testam.* III. 26.—e) Nov. 7. c. 3. § 2. — f) Nov. 131. c. 12.

4) Velut a) L. 22. C. *de sacros. eccl.*—Nov. 131. c. 12. — b) c. 1. X. *de in int. rest.* I, 41. (« — si ecclesia laesa est, et manifeste apparet detrimentum ipsius, cum—ecclesia jure minoris debeat semper illaesa servari »). c. 2. X. *eod.*—c) Nov. 131. c. 6.

et onerum sublevandorum [5]) causa concessa sunt cum ecclesiis, tum etiam aliis corporibus, quae quidem ecclesiarum quandam similitudinem propter piam causam habere videntur. 3) Rerum ad pia corpora spectantium alienatio fieri non potest, nisi certis ex causis certisque adhibitis solemnitatibus [6]). 4) Qui piarum causarum res administrant, simili fere utuntur conditione ut tutores et curatores, nisi quod in acquirendis juribus plus illi quidem pollent [7]), quam ii, qui singulorum hominum negotia gerunt [8]). 5) Constitui plerumque, non posse haec, quae diximus pia corpora, nisi etiam principis accedat confirmatio, id juris rationi vel maxime conveniens est [9]), nec de quibusdam, ut sola privatorum ultima voluntate recte instituantur, legibus sancitum est, ut quidem vulgo existimatur [10]). Cui etiam consequens est, ut piarum causarum patrimonium, ipsis exstinctis, cedat fisco [11]), nisi forte in hunc quoque eventum is, a quo profecta est pecunia, quid fieri velit, legitimo modo statuerit.

§ 202. III. *De jure fisci* (*).

Fiscus, cum olim ab aerario populi toto genere differret [1]), postea tamen, confusis pedetentim et fiscalibus et aerarii rationibus [2]), reipublicae totum velut patrimonium complectebatur [3]); quo quidem facto, et porro principum patrimonium, ut nominibus variis ita diversa rei administrandae ratione, a fisco separari minime desitum est [4]). Jam igitur, praeter fructus ex agris [5]) nominibusque fiscalibus redactos, etiam in fiscum cogendi sunt reditus publici utique omnes, ut tributa vectigaliaque publica (§ seq.), ut bona vacantia, ut muletae, ut commissa (§ seq.), quaeque alioquin delictorum scelerisque nomine publicantur reorum bona [6]). Variis praeterea fiscus utitur privilegiis, quae quidem vel ad acquirenda jura augendaque commoda spectant [7]), vel ad damna atque

5) L. 23. C. *de sacros. eccl.*—L. 35. C. *de ep. et cler.*—Nov. 131. c. 5.

6) L. 14. 17. C. *de sacros. eccl.*—L. 32. C. *de ep. et cler.*—Nov. 110.

7) L. 32. C. *de ep. et cler.*

8) Velut in hereditatibus acquirendis. Cf. L. 90. pr. D. *de acq. her.* (XXIX, 2.) coll. cum not. 2. huj. §. not. 12. § 197. et §. 592.

9) Arg. L. 1. pr. D. *quod cujusq. univ. nom.* (III, 4.)—Cf. *J. N. v. Wening-Ingenheim* Lehrb. d. gem. Civ. R. nach *Heise* Bd. 1. § 106. et *Mackeldey* Lehrb. § 145.

10) Propter L. 24. 28. C. *de ep. et cler.*—L. 46. *cod.* (L. restit.)—L. 49. § 2. *cod.*—Nov. 131. c. 11.—Sed vid. quae contra scripsi in libello saep. alleg. p. 169—188.

11) *J. H. Boehmer* Jus ecclesiast. Protest. Lib. III. Tit. 13. § 54. — De eo tamen, num omnino principi jus competat, pia corpora tollendi eaque ad civilem conditionem revocandi, non est, quod hoc loco anquiratur.

§ 202.

(*) Dig. (XLIX, 14.) et Cod. (X, 1.) *de jure fisci.* — T. T. c. X, 2 — 30. — *M. Ant. Peregrini* de jurib. et privil. fisci Libri VII. (VIII.). Montisbel. 1619. 12. — *A. a Leyser* meditt ad Pand. spec. 657. (de fisco principis) et sp. 658. (de fisco magistratuum).

1) *L. Ann. Seneca* de benef. VII. c. 6.—*Tacit.* annal. VI. c. 2. — *Plinii* Panegyr. c. 42. — *Ael. Spartiani* Hadrianus c. 7.

2) Jam vero ad Hadriani aetatem et fiscus privatus distinctus a publico, et hujus ipsius nomen pro aerario usurpatum fuisse videtur.—L. 20. § 6. D. *de hered. pet.* (V, 3.)—L. 13. pr. D. *h. t.*—At vid. *Heineccius* ad L. Jul. et P. P. Lib. III. c. V. § 2. in f.

3) § ult. I. *de usuc.*—L. 3. pr. C. *de quadriennii praescr.* (VII, 37.)—Caeter. cf. *Leyser* spec. 657. med. 4. et *v. Bulow* u. *Hagemann* pr. Erört. III, 9. § 2.

4) *Unterholzner* Verjaehr. durch fortgesetzten Besitz § 13. nr. 3. — L. 6. § 1. D. *h. t.* (« Quodcumque privilegium fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio et Augustae habere solet. ») — L. 3. C. *de quadr. praescr.*

5) Ipsa tamen praedia fiscalia non publicorum locorum jure, sed privatorum aestimantur. — Vid. L. 1. § 4. D. *ne quid in loco publ.* (XLIII, 8.)

6) Ac de his quidem, tum etiam de bonorum vacantium confiscatione plura dicentur infra Lib. V. C. I.

7) V. c. a) L. 17. § 5. et 6. L. 43. D. *de usur.* (XXII, 1.) — b) L. 4. C. *de fide et jure hastae fiscalis* (X, 3.) — c) L. 11. § 5. D. *de publican.* (XXXIX, 4.) — d) L. 1. § 2. et L. 2. D. *de offic. procuratoris Caesaris, vel rationalis* (I, 19.) — L. 25. § 2. D. *de a. vel o. h.* (XXIX, 2.) — L. 46. § 8. D. *h. t.* — e) L. 43. D. *h. t.* — f) L. 1 in f. C. *de metallar.* (XI, 6.)

incommoda depellenda [8]), vel juribus ad ipsum pertinentibus, quam fieri potest celerrime ac tutissime, tum etiam absque damnis, judicio et persequendis et defendendis, inserviunt [9]), denique immunitatem ab oneribus fisco tribuunt [10]). Quotiescunque vero de fisci privilegio ambigitur, jure communi ei utendum est [11]). At odiosis quoque nonnullis fiscum uti privilegiis, neutiquam defendi posse videtur [12]).

§ 203. *De tributis et vectigalibus* (*).

Tributa, ut proprie dicuntur [1]), aut personarum sunt sive capitis, aut patrimonii, quae ex censu inferuntur [2]). Atque ex his quidem ea, quae praediis imponi solent, ab horum possessoribus praestanda sunt, hoc pacto, ut et reliquorum nomine quivis possessor teneatur [3]), nec valeat conventio eum in finem inita, ne onus tributi possessori incumbat, sed ejus solvendi necessitas ad alterum paciscentium spectet [4]). Dividuntur autem tributa in ordinaria, quae etiam indictionum, tum canonum nomine veniunt [5]), et extraordinaria sive superindictiones [6]); atque utriusque generis alia pecuniae, alia aliarum rerum praestatione continentur, quo in genere inprimis sunt annona [7]), metata [8]), angariae et parangariae [9]). Exigendis vero tributis et exactores et susceptores constituti

8) Velut a) L. 2. C. *comm. de usuc.* (VII, 30.)— b) L. 45. pr. L. 46. § 1. D. *h. t.* — c) L. 1. § 18. D. *ut legat. v. fideic. nom. cav.* (XXXVI, 3.) — L. 3. § 5. D. *si cui plus* etc. (XXXV, 3.)—d) § ult. I. *de usuc.*—L. 3. C. *de quadr. praescr.* (VII, 37.).—e) L. 6. C. *de fide et j. hastae fisc.* (X, 3.)— Vid. et L. 5. pr. D. *h. t.* et L. 9. pr. D. *de re milit.* (XLIX, 16.)—f) L. un. C. *de vend. rer. fisc. c. priv. comm.* (X, 4.)—g) L. 1. C. *de her. v. act. vend.* (IV, 39.) — h) L. ult. (post med.) D. *h. t.* — i) L. 4. C. *quib. ex c. maj. in int. rest.* (II, 54.) — k) L. 49. D. *loc.* (XIX, 2.)

9) V. c. a) L. 28. L. 46. § 3. D. *h. t.* — L. 1. 2. C. *in quib. c. pign. tac. contr.*—L. 1. 2. 4. C. *de privil. fisci.* (VII, 73.) — b) L. 6. D. *h. t.*— c) L. 1. C. *de cond. ex lege* (IV, 9.) — L. 3. 4. C. *quando fisc. v. priv. debitoris sui debitor. conv.* (IV, 15.) — Cf. L. 3. § 8. D. *h. t.* — d) L. 2. 4. 5. C. *ubi causae fisc. vel div. dom. ag.* (III, 26.) — L. 3. C. *qu. fisc. v. priv.* (IV, 15.)—e) L. 2. § 1. 2. D. *h. t.* — L. 45. § 5. *eod.* — f) L. 5. pr. C. *de fer.* (III, 12.) — g) L. 46. § 4. 5. D. *h. t.* — L. 1. 3. C. *de compensat.* (IV, 31.) — h) L. 35. D. *h. t.* — i) L. un. C. *de sent. adv. fisc. latis retractand.* (X, 9.) — k) L. 4. L. 8. C. *quor. appell. non recip.* (VII, 65.)

10) L. 9. § 8. D. *de publican.* (XXXIX, 4) — Vid. not. 8. nr. e.

11) L. 10. D. *h. t.* « Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. » — Quod quidem *Modestini* dictum alii aliter explicant.—Vid. v. c. *H. Grotii* flor. spars. p. 284.—*Voet* ad Pand. tit. de J. F. § 2.—*Glück* Pand. VI. § 527. p. 441. — Caeter. cf. L. 2. C. *ne uxor pro marito.* (IV, 12.) — L. 45. § 10. D. *h. t.*— L. 3. C. *de fiscalib. usur.* (X, 8.) — L. 47. pr. D. *h. t.*

12) Regulam enim L. 17. D. *h. t.*, nec non L. un. C. *poenis fiscalib. creditor. praeferri* (X, 7.) traditam, restringi tantummodo eo, quod L. 37. D. *h. t.* legitur, magis dicendum est, quam huic loco per priores illos derogari (cf. supra § 173. not. 9.). Nec in jurium singularium numero habenda sunt, quae L. 2. et 3. C. *ne fisc. vel respubl. procuration. alicui patrocinii causa in lite praestet* (II, 18.) praecipiuntur.

§ 203.

(*) *De Savigny* üb. die Röm. Steuerverfassung unter den Kaisern; in d. Zeitschr. f. hist. R. W. VI. Nr. V.

1) L. 1. § 1. D. *de vectigal. et commiss.* (XXXIX, 4.) — L. 32. § 9. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2.) — (Cf. *Cic.* pro lege Man. c. 7. et L. 1. § 20. D. *de quaest.* (XLVIII, 18.). — *Petr. Perrenonii* animadvers. c. 30. (*Otto* thesaur. I. p. 660.)

2) *Festus* de V. S. v. *tributorum* (ap. *Gothofr.* p. 468.). — Dig. (L, 15.) *de censib.* (cf. L. 8. § 7. *eod.* et *Brisson.* de V. S. v. *capitatio.* — *de Savigny* l. l. c. I.). — Cod. (XI, 57.) *de censib. et censitorib. et peraequatorib. et inspectorib.*

3) L. 36. D. *de J. F.* (XLIX, 14.)—L. 7. pr. D. *de publ. et vect.* — L. 2. C. *sine censu vel reliquis fundum comparari non posse* (IV, 47.)

4) L. 1. et 3. C. *sine censu* etc. — L. 42. D. *de pact.* (II, 14.) (De quo quidem loco vid. *Glück* Pand. XVI. p. 129 — 134.) — Auth. *sed et periculum* C. *sine censu* etc.

5) L. 1. C. *de indictionib.* (X, 17.)—(*Brisson.* v. *indictio* § 1. et 3.) — *de Savigny* l. l. p. 375 sqq.

6) L. un. C. *de superindicto* (X, 18.)— Cf. § 194. not. 22.)

7) Cod. (X, 16.) *de annonis et tributis.*

8) Cod. (XII, 41.) *de metatis et epidemeticis.* — L. un. C. *de Salgamo hospitib. non praest.* (XII, 42.)

9) L. 18. § 4. et 29. D. *de mun. et hon.* (L, 4.)— Cod. (XII, 51.) *de cursu publico, et angariis, et parangariis* (cf. *Gothofredus* ad L. 1. Th. C. *de cursu publ. rel.* (VIII, 5.). — Vid. et L. 18. § 21. D. *de mun. et hon.*

sunt [10]); ac factae quidem solutionis certissima argumenta debent esse apochae publicae [11]). A tributo separandum est vectigal, cujus quidem duplex notanda est significatio: altera ejus, quod tamquam tributum ex agris vectigalibus erat solvendum [12]); de quo non est, quod hoc quidem loco amplius dicamus. Altera est ejus, quod extra tributorum causam pendendum est fisco, seu vectigalium conductoribus, i. e. publicanis [13]); qualia sunt vectigalia rerum venalium, salinarum, metallorum, et quae eorum sunt similia [14]). Jam vero, qui munium rerum, i. e. vectigali obnoxiarum, professionem omittunt, vel alio modo contra legem censoriam [15]) faciunt, in commissum plerumque incidunt, i. e. bona ut commissa vindicantur fisco [16]), scilicet intra quinquennium [17]). Quemadmodum autem a temerariorum hominum injuriis peculiari juris praesidio prohibentur publicani [18]), ita etiam adversus ipsos, si quidem in officio suo illicite versati damnum dederint, in duplum actio proposita est, quae quidem una et rei et poenae persecutionem continet [19]). Caeterum et de personis et de rebus, quaenam scilicet cum a tributorum tum a vectigalium praestatione immunes sint, ex propria cujusque populi regiminis formula statuendum erit [20]).

CAPUT III.

DE FAMILIA.

§ 204. *Familiae notio, totiusque loci constitutio.*

Familia appellatio non ad personas solum refertur, verum etiam ad res [1]), adeoque ad hominum, qui instar habiti sunt rerum, i. e. servorum quoddam corpus [2]). Atque hoc in loco, tum vero in eo, qui in societatis domesticae juri-

10) Cod. (X, 19.) *de exactorib. tributor.* — L. un. C. *de superexactionib.* (X, 20.) — Cod. (X, 70.) *de susceptorib. praepositis et arcariis.* —; *Roth* de re mun. Rom. II. p. 107. not. 207. (cf. tamen et *Gluck* Pand. XIX. § 1088. not. 08. nr. 3.).—T. T. C. X, 71—74. (Vid. inprimis *de Savigny* l. l. c. III.)

11) L. ult. C. *de apochis publ.* (X, 22.)—L. penult. *eod.*

12) L. 1. pr. L. 2. D. *si ager vectig. pet.* (VI, 3.) —L. 39. § 5. D. *de leg.* I.—(Cf. *Gaji* Instit. II, 21. —L. 7. § 2. in f. D. *de usufr.* (VII, 1.)—*Theophil.* ad Inst. II, 1. § 40.)—L. 12. § 3. D. *de publican.* —L. un. pr. et § 3. D. *de loco publ. fruendo* (XLIII, 9)—L. 1. § 7. D. *ut in flum. publ. nav. lic.* (XLIII, 14.)

13) Dig. (XXXIX, 4.) *de publicanis et vectigalibus et commiss.* — Cod. (IV, 61.) *de vect. et commiss.* — De vectigalium locatione vid. *Cic.* or. de lege agr. I. c. 3. — L. 203. D. *de V. S.* — L. 9. pr. D. *h. t.* — L. 4. C. *h. t.* — De iis, qui ab hujusmodi conductionibus prohibentur, vid. L. 9. § 2. 3. D. *h. t.* — L. 45. in f. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — L. un. C. *ne tut. v. cur. vectig. conducat* (V, 41.) —Nov. 123. c. 6. — Cf. *Voet* ad Pand. h. t. § 2. 3.—*Westenberg* pr. jur. Dig. h. t. § 23.

14) L. 17. § 1. D. *de V. S.*— L. 16. § 7. D. *h. t.* L. 7. 8. C. *h. t.* (Octava, octavarium.) — L. 3. C. *de metallariis* (XI, 6.) — *Paulli* sent. rec. IV. T. 6. (de vicesima) et ibi *Cujacius Schultingius* que not. 1.—Coll. LL. Mos. et Rom. T. XVI. § 9. in f.— Cf. *Heineccii* Antiq. Rom. Adp. Lib. I. c. I. § 59—63. — c. 26. X. *de V. S.* (Pedagia, guidagia.)

15) L. 203. D. *de V. S.* — Cf. Fragm. vet. JCti *de jure fisci* § 18.

16) L. 11. § 2. D. L. 11. C. *h. t.* — L. 14. D. *h. t.* (*Voet* ad h. t. § 23.) — L. 11. § 4. D. *h. t.* — L. 16 pr. *eod.* — Nonnumquam vero poena ista commissi aut plane cessat, aut modis certis et tamquam cancellis circumscribitur, ut in his causis: a) L. ult. § 8. D. *h. t.* — b) L. ult. § 10. D. *h. t.* — Cf. § 5. *eod.* — c) L. ult. § 12. *eod.* — d) L. 7. § 1. *eod.* — e) L. 9. § 5. D. *de minor.* — f) L. 3. C. *h. t.* — g) L. 1. C. *h. t.* — h) L. 2. C. *eod.*

17) L. 2. C. *h. t.*

18) Arg. L. 1. § 1. D. *de loco publ. fruendo* (XLIII, 9.)

19) L. 1. pr. § 2. 3. 4. 5. L. 5. § 1. D. *h. t.* — *Voet* ad h. t. § 19.

20) Cf. *Voet* l. l. § 27 — 29. et *Thibaut* Pand. § 339. 340.

§ 204.

1) L. 195. § 1. D. *de V. S.* — *Brissonius* de V. S. v. *familia.* — *J. Averanii* interpr. Lib. III. c. 37. nr. 7. Cf. *Huschke* Rhein. Mus. VI. p. 275 sqq.

2) L. 195. § 3. D. *de V. S.* — Cf. L. 40. § 3. *eod.* Quae quomodo concilianda sit cum *Paulli* sent. rec. Lib. V. Tit. 6. § 3., nec non cum L. 1. § 17. D. *de vi* (XLIII, 16.). — Vid. *Brisson.* l. l. § 6.

bus exponendis versabitur (infra Lib. IV.), priorem illam notionem sequemur unam. Hujusque ipsius duplex nobis vel maxime proposita esse debet forma: altera latior, eamque appellamus hominum vel cognatione, vel affinitate inter se conjunctorum complexum [3]). Altera est domestica societas, i. e. paterfamilias [4]) una cum his, qui vel natura vel lege parere ei necesse habent [5]). Unde personarum divisio descendit, qua sui juris personae ab iis distinguuntur hominibus, qui alieno juri subjecti sunt [6]). Quae, cum olim latissime pateret [7]), ex novissimi tamen romani juris, et vel maxime ejus, quo utimur, indole, multo angustioribus personarum circulis concluditur. Nihilo vero secius posterior haec familiae notio longe majorem habet in familiari jure explicando vim, quam prior illa, quam quidem latiorem diximus. Toto enim genere ad matrimoniorum, tum vero patriae potestatis jura pertinet. Quid? quod alia etiam cum ea personarum divisio et romano jure conjungitur, nec a nostri juris indole hujusce conjunctionis ratio prorsus esse aliena videtur: ea quidem, quae ad tutelas spectat. « Nam ex his personis, quae in potestate non sunt, quaedam vel in tutela sunt, vel in curatione, quaedam neutro jure tenentur » [8]). Quoniam vero haec omnia, quae in matrimoniorum, patriae potestatis, tutelarumque jure versantur, multa habent admixta ex aliis jurium generibus, fieri commode nequit, ut antea tractentur, quam de rebus earumque dominio, nec non de obligationibus expositum sit. Nihil igitur superest, quam ut hoc in loco de cognatis et affinibus, eorumque jure, generalia quaedam proponamus.

§ 205. *Cognatorum notio et formae tamquam summae* (*).

Cognatos eas voco personas, quae sanguinis generisque origine ejusque simili juris vinculo inter se junguntur. Quapropter, siquidem hujus conjunctionis causam respicimus, duo sunt cognationis genera prima: alterum naturalis, alterum civilis s. fictae. Ac 1) naturalium cognatorum item duae sunt species, una legitimorum s. ex justis nuptiis procreatorum, altera illegitimorum, ut nunc quidem vocantur. Itemque illegitimorum distinguendae sunt formae hae: et naturalium, i. e. ex concubina natorum [1]), et spuriorum seu vulgo quaesitorum [2]), a quibus interdum etiam hi separantur, qui quidem ex damnato coitu

3) *Klenze*, die Cognaten und Affinen; in d. Zeitschrift für histor. Rechtswiss. T. VI. Nr. 1.

4) L. 195. § 2. D. *de V. S.*

5) L. 195. § 2. 5. D. *de V. S.*—L. 196. *eod.*— Atque hinc orta est agnatorum (§ 206.) conjunctio, ad quam prae caeteris et nomen familiae, et jus praecipuum, i. e. hereditatum et tutelarum, referre solebant veteres. (L. 195. § 2. in f. D. *de V. S.* § 209. not. 5.) Quod quidem novo jure paene eversum est. § 209. not. 6.— Vid. et L. 69. § ult. D. *de leg.* 2. — L. ult. C. *de V. S.* VI, 38. (§ 209. not. 4.) *Klenze* l. l. p. 5 — 16.

6) Pr. I. *de his, qui sui vel alieni jur. sunt.*

7) *Gaji* inst. I, 49. « — earum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in manu, aliae in mancipio sunt. »

8) Pr. I. *de tutelis.*

§ 205.

(*) Dig. (XXXVIII, 10.) *de gradib. et adfinib. nominibus eorum.*

1) Cf. *Isidori* origin. Lib. IX. c. 5. v. *naturales* (apud *Gothofred.* p. 1955.). — L. 2. 5. 4. 8. 9. ult. C. *de naturalib. liberis* (V, 27.) — § ult. I. *de nupt.* — Cf. Nov. 74. c. 6. Generali etiam naturalium appellatione vocantur, et qui naturaliter procreati sunt, contrario scilicet adoptivorum nomine opposito (L. 1. § 4. in f. D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.) — pr. I. *de adopt.* – § 2. I. *de hered., quae ab int.*), et omnes, quicunque non ex justis nuptiis nascuntur, quibus oppositi sunt legitime nati. § 5. I. *qui et quib. ex causs. manum. non poss.* — L. 54. D. *mandati.* (XVII, 1.) — Cf. L. 1. et 7. C. *de natural. lib.* — *Theophilus* ad § ult. I. *de nupt.* et ibi *Reitzius* not. k.

2) § 12. I. *de nupt.* — L. 23. D. *de statu hom* (I. 5)

nati appellari solent, i. e. qui vel ex adulterio vel ex incestu procreati sunt[3]). Ut autem in eorum numero, qui paterna origine inter se sint cognatione juncti, aliquis haberi possit, necesse est, ut intra tempus legitimum[4]), id est neque citra septimi mensis initium[5]), nec vero post decimum mensem perfectum[6]) natus sit, tempore scilicet ex eo computando, quo eum, qui pater esse dicitur, cum muliere illa, quae peperit liberos, concubitus consuetudinem habuisse aut certo constat, aut ex legum decretis statuendum est[7]). Quemadmodum autem et patris professio, suum esse filium vel filiam, legitimo modo asserentis, instar est plenissimae probationis[8]), sic nec obest liberis matris confessio contraria[9]). Caeterum haec omnia, quae de paterna origine hactenus a nobis dicta sunt, licet non nisi de legitime natis edisserantur a juris nostri auctoribus, tamen ad illegitimos quoque a recentioribus JCtis porrigi solent. II) Alterum erat tamquam summum cognatorum genus eorum, qui ex mera juris ratione similes habentur naturaliter conjunctorum. Haeceque ipsa, quam diximus, juris ratio, item est duplex: una ejusmodi, quae jura agnationis patriaeque potestatis efficit, ut extraneorum adoptio[10]); altera est spiritualis cognatio, quae baptismate contrahitur[11]).

§ 206. *Agnati, cognati.*

Est etiam alia cognatorum divisio, finitima illa quidem ei, quam tamquam summam modo proposuimus, nisi quod ad spiritualem cognationem plane non pertinet: Alii enim adgnati sunt, alii tantum cognati. Atque adgnationis nomen civile est, eos complectens, qui sub unius patris potestate vel vere sunt, vel

—L. 3. D. *de statu hom.*—L. 6. pr. D. *de decur.* (L, 2.)—Cf. et *C. H. Steveri* Spec. an e jure Justinianeo patri incumbat onus alendi spurios (Rost. 1816.) p. 28 — 30. — Caeterum discrimen inter spurios et vulgo quaesitus, quod vulgo statuunt (vid. *Hoepfner* Comment. § 137.), quodammodo confirmatur L. 16. D. *de his, quae ut indignis* (XXXIV, 9.)—Quem in loc. vid. *Heinecc.* ad L. Jul. et P. P. p. 109. 110. et infra § 501. not. 9.

3) Propter Nov. 12. c. 1. et Nov. 89. c. 15.

4) *A. Gellii* N. A. III, 16. (Temporis varietas in puerperiis mulierum quaenam sit et a medicis et a philosophis tradita.) — *C. A. Fabroti* exerc. I. du tempore humani partus (in *Ottonis* thes. III. p. 1149 sqq.).—*P. L. Behrmann* comm. de termino nascendi naturali unico filiationis et paternitatis fundamento. Goett. 1784.

5) L. 12. *de statu hom.* (I, 5.) coll. c. L. 3. § 12. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.)—Cf. supra § 85. not. 8. et *Buchholtz* jurist. Abhandl. (Königsb. 1833.) Abh. 14. p. 199 sqq. — Vid. et *Pauli* rec. sent. IV, 9. § 5. — Videtur tamen haecce praesumtio contraria ejus, qui pater esse dicitur, probatione elidi posse; Arg. L. 6. D. *de his, qui sui vel al. jur.* (infr. not. 7.).—Vid. et *Behrmann* l. l. § 6. 8.—*Thibaut* Pand. § 366. not. v.—Dissent. *Weber* Beweisführung V. § 11.—De ea vero, quam praeferunt juris nostri auctores, Hippocratis auctoritate, vid. *Mende* Handb. der gerichtl. Medizin. Bd. II. § CXLI—CXLVI. p. 352—357. — Caeter. cf. *A. Gell.* I, 16., qui etiam locum laudat ex Hippocratis scripto περὶ τροφῆς s. de nutritione.

6) L. 3. § 11. D. *de suis et legit. her.* — L. 4. C. *de posth. hered. instit.* (VI, 29.) — Contra quod contrarii probationem minime admitti verius est. — Dissent. inprimis *L. Heister* D. qua partus tridecimestris pro legit. habil. proponitur *rel.* Helmst. 1753. (ed. nov.). — Sed vid. *Scholl* Eherecht § 185. not. XXXX. — *Metzger* gerichtl. A. W. § 286—296. — Cf. Archiv f. civilist. Praxis IV. p. 392 — 394. — Cui sententiae nec adversatur Nov. 39. c. 2., licet id quidem complures sentiant JCti, velut *Fabrotus* l. l. p. 1169. 1170. et *Behrmann* § 14. — Vid. enim *J. L. E. Puttmanni* Prol. de partu undecimestri (opuscul. syll. Nr. XII.). — Caeter. cf. *Plinii* nat. hist. VII, 5. et *Gell.* l. l. in f.

7) Vid. LL. not. 5. et 6. laud. — Quibus etiam consentanea est regula illa: patrem esse eum, quem nuptiae demonstrent. L. 5. D. *de in jus vocando.* (II, 4.) — Caeteroquin vid. L. 6. D. *de his, qui sui vel alieni jur.* (I, 6.) — L. 1. § 14. D. *de agnosc. vel alend liber.* (XXV, 3.)

8) Nov. 117. c. 2. — Cf. et L. 29. pr. D. *de probat.* (XXII, 3.) et L. 1. § 3. D. *de quaestion.* (XLVIII, 18.)

9) L. 29. § 1. D. *de probat.* — *Weber* Beweisführ. p. 148. not. 29.—*Glück* Pand. Vol. XXI. p. 423 — 432.

10) L. 1. § 4. D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.) — Cf. § seq. not. 3.

11) L. 26. C. *de nupt.* (V, 4.) — T. T. Decretal. (IV, 11.) et Sexti (IV, 3.) *de cognatione spirituali.* — Cf. *Glück* Intestaterbfolge § 14. — *Ejusd.* Pand. XXIII. § 1215. b.

certe futuri fuissent, siquidem inter vivos adhuc esset ultimus stirpis genitor [1]). Quoniam igitur adgnatio iisdem efficitur modis, quibus et patria potestas, sequitur, ut alii adgnati tantum sint civili jure, alii utroque jure concurrente, et civili et naturali [2]). Est autem quod differat inter utrumque adgnatorum genus. Nam priores illi et his solis, quibus adgnascuntur, fiunt cognati, et rursus desinunt esse dissoluto adgnationis vinculo. Contra vero, qui utroque jure junguntur, etiam adgnatione sublata cognatorum et nomen et jus retinent, quoniam civilis ratio civilia quidem jura perimere potest, naturalia non item [3]).

§ 207. *Simplex, duplex vel ulterius cognationis vinculum.*

Praeterea cognationis duplex esse potest vinculum, vel triplex, vel ulterius etiam, si quidem ex pluribus causis, pluribusve conjunctionibus cognatio inter certas personas intercedens descendit [1]). At quamvis ad duplex cognationis vinculum quodammodo etiam referri potest, tamen magis est, ut ab eodem separetur conjunctionis ratio inter fratres intercedens, qui utrumque habent parentem communem [2]). Vocantur germani (*vollbürtige Geschwister*), contrariis oppositis nominibus et consanguineorum, i. e. ab eodem quidem patre, diversis tamen matribus descendentium [3]), et uterinorum, qui quidem non nisi matre utuntur communi [4]). — Caeterum de eo, quomodo graduum cognationis facienda sit computatio, nunc non est, quod exponamus, quoniam ejus pertractandi opportunior est in elementaria juris civilis disciplina locus [5]).

§ 206.

1) L. 195. § 2. D. *de V. S.* — [Adgnationis enim causa est patria potestas; quae quidem nisi generatione legitima ejusque simili juris vinculo adquiri non potest. Et virilis sexus personis solis adquiritur. L. 13. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) Vid. Infra § 623. not. 1. — E. G.] Inde Romani definiunt adgnatos: *per virilis sexus personas cognatione junctos, quasi a patre cogn.* (*Goji* inst. I. § 156. III. § 10. — L. 10. D. *h. t.* — *Ulpiani* Fr. XXVI. § 1. — L. 7. D. *de legit. tut.* (XXVI, 4.) — § 1. I. *de legit. agn. tut.* — Cf. L. 195. § ult. D. *de V. S.* (« Mulier autem familiae suae et caput et finis est. ») De ea autem, quam *Ulpianus* Fr. XI. § 4. proponit, definitione vid. *Cujacius* in not. ad Ulpian. IX, 4. — *Jac. Perizonius* D. de lege Voconia (Dissert. triade. Daventr. 1679. p. 196.). — Caeterum dubitandum non est, quin sui quoque adgnatorum nomine appellari consueverint. L. 10. § 3. D. *h. t.* (XXXVIII, 10.) — L. 12. D. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16.) — Cf. et *J. L. E. Püttmanni* interpr. et observ. c. 10.

2) L. 4. § 2. D. *h. t.*

3) Conferantur inter se hi loci: L. 5. D. *unde legit.* (XXXVIII. 7.) — L. 11. § 4. et L. 3. D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.) — L. 4. § 10. *h. t.* — § 3. I. *de legit. agn. tut.* — § 11. I. *de hered., quae ab int.*

§ 207.

1) *J. C. Koch* success. ab intestato civil. (edit. VIII.) Auctar. III. p. 245 sqq. — *Gluck* Intestaterbf. § 19. — *Hugo* civ. Magaz. Bd. IV. Nr. VII. et XVI. — *Goeschen* Grundriss zu Pandektenvorlesungen. § 57. p. 38 sqq. — L. 10. § 14 D. *h. t.* a) « Avia paterna mea nupsit patri tuo, peperit te, aut (et?) avia paterna tua nupsit patri meo, peperit me: ego tibi patruus sum, et tu mihi. b) Id (idem) evenit, si mulieres, altera alterius filio nupserint: nam qui ex his masculi nati fuerint, invicem patrui sunt, quae foeminae, invicem amitae: item masculi foeminis similiter patrui, foemini illis amitae. c) Si vir et mulier, ille filiam ejus duxerit, illa filio ejus nupserit: qui ex patre adolescentis nati erunt, ex matre puellae natos fratris filios, illi eos patruos et amitas appellabunt. — d) Si duo viri alter alterius filiam duxerint, qui ex his masculi nati fuerint, invicem avunculi, quae foeminae, invicem materterae erunt: et eadem ratione masculi puellis avunculi, et illae illis erunt materterae. »

2) *Hugo* l. l. p. 485—494.

3) Scilicet ex usu loquendi hodierno, quo quidem carere vix possumus. (Vid. Nov. 118. c. 3.) At juris nostri auctores consanguineos vocant, qui inter se adgnationis jure junguntur fratres sororesve, sive nec tantum latere, sive utroque conjuncti sunt. Mos. et Rom. Leg. collatio XVI. § 6. — § 5. I. *de Scto Tertull.* Rarius occurrit Germanorum vocabulum, idque nihil aliud significat, quam consanguineorum; § 3. in f. § 4. I. *de legit. adgn. succ.* — Cf. *Hugo* l. l. p. 505. not. *.

4) L. 27. C. *de inoff. test.* (III, 28.) — Cf. *Brissonius* v. *uterinus*.

5) Id tantum hoc in loco obiter etiam monemus, alios esse superioris ordinis cognatos (parentes — L. 51. D. *de V. S.* — L. 201. *eod.*), alios inferioria (liberos — L. 220. D. *de V. S.* — filios — L. 220. § 1. *eod.* — v. et *Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. I. § 543.), alios ex transverso s. a latere cognatos. — Cf. L. 1—4. et L. 10. D. *h. t.* (XXXVIII, 10.) — L. 10. § 7 sqq. D. *h. t.* (XXXVIII, 10.). — Inst. Tit. *de gradib. cognationis.* — c. 2. 4. 6.

§ 208. *Adfinitas* (*).

Adfinitas nuptiis concubituque contrahitur (not. 3.), idque cum inter ipsas coëuntium personas [1], tum vero maxime inter conjugem alterum alteriusque conjugis cognatos, naturales illos quidem [2]. Ex quo efficitur, *primum*, adfinitatis quoque duplicem esse formam, alteram legitimam, alteram illegitimam [3], licet ea, quae justis nuptiis copuletur adfinitas, vim aliquam habeat majorem (§ seq.); eademque, quatenus non spectat ad matrimoniorum contrahendorum impedimenta, sublato matrimonii vinculo sua sponte plerumque evanescit [4]). *Deinde* eos, quos comprivignos appellare solent, minime adfinium numero haberi, non magis quam cognatorum [5]). Gradus autem adfinitatis, etsi proprie non sunt, tamen utilitatis causa receptum est, ut ad cognatorum similitudinem in adfinibus quoque graduum fieret computatio [6]).

§ 209. *De cognatorum adfiniumque juribus cum universim exponitur, tum praecipua quaedam ejus genera perhibentur.*

Cum de familiarum juribus quaestio est, iisque talibus, quae non angustioribus domesticae societatis circulis contineantur, primum omnium legitimorum et naturalium cognatorum faciendum est discrimen. Nam illi quidem patris conditionem ac familiam, hi vero matris sequuntur [1]). Quod quidem, licet tamquam principium jure Romano, etiam novissimo, obtinuerit, nec nostris moribus obsoleverit, tamen efficere minime potuit, ut aut legitimorum cogna-

qu. v. C. XXXV. — Cf. cap. ult. X. *de consanguin. et affin.* (IV, 14.) — *C. F. Sick* Pr. *J. C. Majer* de consanguinitatis ratione ac indole. Tub. 1802. 8. — *Gluck* Pand. Bd. XXIII. § 1209. 1210. p. 160—208. — *Klenze* l. l. p. 179 sq. not. 1.

§ 208.

(*) *C. H. Gmelin* Pr. *C. T. Gmelin* D. de vero conceptu affinitatis ejusque gradibus et generibus, *rel.* Tub. 1801. — *Gluck* Pand. Bd. XXIII. § 1211. 1212. p. 211 — 282. § 1214. p. 378 sqq.

1) Dissent. *Gmelin* l. l. § 9. — *Gluck* p. 222 sq. et ibi laudd. scriptt. Sed vid. Vat. Fr. § 262. (cf. eorund. fragm. § 218. in *Buchholtzii* edit.). — L. 38. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.) — L. 15. C. *de don. ante nupt.* (V, 3.) et Arg. *Paulli* sent. rec. Lib. V. T. 12. § 2. — *Bynkershoek* obs. jur. Rom. V. c. 6. — *Klenze* l. l. p. 110 — 112. — Cf. L. 8. D. *de cond. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) — L. 6. § 1. L. 8. D. *h. t.* (XXXVIII, 10.) coll. cum § 9. I. *de nupt.*

2) L. 4. § 3. D. *h. t.* — L. 4. § 10. in f. *eod.* (§ 206. not. 3.). — De ea vero, quae quondam jure canonico inter coëuntium alterum alteriusque cognatos spirituales efficiebatur, adfinitate vid. *Glück* l. l. p. 276 sqq. Atque eodem jure olim etiam secundi et tertii generis adfinitas obtinuit, de qua cf. *Gmelin* § 18 — 26. — *Hofacker* T. I. § 222. et *Gluck* p. 378 — 389.

3) L. 4. § 3. *h. t.* — L. 14. § 3. D. *de R. N.* (XXIII, 2.)—c. 3. et 4. X. *de sponsalib.* (IV, 1.)— c. 6. et 10. X. *de eo, qui cognov. consanguin.* (IV, 13.) — Quod multis perplacet, scilicet secundum Romanorum sententiam non copulari adfinitatem nisi ex justis nuptiis (v. c. *Gmelin* § 2.—*Gluck* p. 212 sqq.), id toto quidem genere defendi non posse videtur, siquidem serviles adfinitates jure Rom. agnoscuntur (L. 14. § 3. D. *de R. N.*). At vero in liberis hominibus praeter concubinatum fieri non potuisse, ut coitionibus non justis ac legitimis contrahantur adfinitates, id sane conveniens est dicere, cum propter L. 4. § 8. D. *h. t.*, tum vero propterea, quod spurios sine patre certo esse voluerunt juris nostri auctores (*Gaji* Inst. I. § 64. — § 12. I. *de nupt.* — L. 23. D. *de st. homin.*), licet haecce ratio non usque quaque observata sit (vid. § sqq. not. 3.).

4) L. 3. § 1. D. *de postul.* (III, 2.) — L. 1. § 1. D. *unde vir et uxor.* (XXXVIII, 11.)— Cf. *Heineccius* ad L. Jul. et P. P. Lib. II. c. XVII. § II. p. 311 sqq. — Exc. vid. Vat. Fr. § 218. § 303. — Cf. *Klenze* l. l. p. 112 sq. — Vid. et infra § 503. 504.

5) L. 10. § 13. D. *h. t.* (« evenire solet in his, qui diversis parentibus nati sunt, ut qui meo fratri frater sit, meus cognatus non sit. »)—L. 34. § 2. D. *de R. N.* (XXIII, 2.) — Cf. *Theophili* Paraphr. ad § 8. I. *de nupt.*

6) L. 4. § 5. D. *h. t.* — L. 10. pr. *eod.* — c. 3. C. XXXV. qu. 5. — Cf. *Gmelin* § 16. 17.

§ 209.

1) *Gaji* Inst. I. § 56 et 89.— *Ulpiani* Fr. V. § 8. et 10.—L. 19. et 24. D. *de st. homin.* (I, 5.)—(Except. vid. L. 1. § 2. D. *ad munic.* L, 1.) — L. 9. D. *ad munic.*—§ 3. I. *de SCto Orphit.*—§ 4. I. *de success. cognat.*

torum in matris quoque familia non integrum esset jus, aut naturalium prorsus nulla in patria domo haberetur ratio [2]). In ipsis autem juribus duo sunt, quae quodammodo principalem obtinent locum: alterum, quod a naturali pudore proficiscitur, id efficiens, ut inter gradu propinquiores, sive ex cognatis, sive ex adfinibus conjugium esse nequeat [3]). Alterum est cognatorum jus succedendi sibi invicem ab intestato; quod quidem ad adfines fere non pertinet [4]). Quid? quod idem olim non nisi adgnatis (gentilibusque) tribuebatur, quippe ad quos familiae nomen prae caeteris referri solitum erat [5]), donec pedetentim adgnatorum jura tantum non omnia ad cognatos translata sunt [6]). Praeterea alia etiam hoc in loco commemoranda sunt propinquorum [6 a]) jura, licet ea partim a forensi utilitate recesserint, partim ad paucissimas tantum e propinquorum personis pertineant. Jam igitur primo summatim dicetur de conjunctarum personarum jure, deinde de alimentorum praestandorum obligatione, quatenus quidem spectat ad propinquorum officium [7]).

§ 210. *De conjunctis personis earumque jure* (*).

Conjunctae personae sunt superioris et inferioris ordinis cognati adfinesque primi gradus, tum vero ex latere cognatis usque ad sobrinos a sobrinisque natos [1]). Quae conjunctionis ratio nec lege aliqua, nec Praetoris edicto introducta, sed moribus videtur antiquitus esse constituta [2]). Jam vero conjunctio illa et ad matrimoniorum impedimenta olim pertinuit [3]), et ad lugendi officium [4]), et ad domestica judicia [5]), unde etiam emendandi jus remansit [6]); quocum cohaeret quodammodo propinquorum consilium, impuberum adolescentiumque causa nonnumquam adhiberi solitum [7]). Praeterea pro conjunctis personis judicio agere jam pridem licuit [8]); at rursus a propinquorum accusationibus conjuncti arcebantur [9]), tum vero ad testimonia pro conjunctis dicenda haud

2) L. 8. C. *de naturalib. liberis.* (V, 27.) — Vid. infra not. 6. tum etiam § seq. nr. 1. not. 2.

3) L. 14. § 2. 3. L. 54. D. *de R. N.* (XXIII, 2.) — Cf. § seq. not.

4) L. 3. et 7. C. *commun. de succ.* (VI, 59.) — (Cf. § 024. not. 2.) — Excipiuntur tamen conjuges. — Cf. et L. ult. C. *de V. S.* (VI, 38.) — « si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adjectione super quibusdam certis personis facta: non solum propinquos, sed etiam, his deficientibus, generum et nurum » (scil. *per familiae appellationem significari*).

5) L. 195. § 2. D. *de V. S.* (Cf. § 204. not. 5.) — Cf. *de Buchholtz* juristische Abhandl. (Regiomont. 1833.) III. Abhandl. p. 96 sqq.

6) Vid. Inst. Lib. III. Tit. 3 — 5. et Nov. 118.

6 *a*) [Quum cognatorum, tum adfinium. Vid. v. *c.* L. 3. § 1. D. *de postul.* et § seq. — E. G.]

7) Licet enim et pacto et testamento alimenta constituantur, tamen alimentorum officium non modo e propinquitatis jure descendit, verum nostris etiam moribus ad illud potissimum spectat, unde de eo in articulo de obligationibus non magis esse dicendum videtur, quam de dotibus, quae quidem item et pactis et testamentis constituuntur.

§ 210.

(*) *Klenze* die Cognaten u. Affinen (Zeitschr. VI.) p. 17. 114.

1) Cf. Vat. Fr. § 298—302. — Fragm. Leg. Servil. (ed. *Klenze*. Berol. 1825. 8.) Lin. X. et XXII. Vat. Fr. § 210. — L. 1. § 3. D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.) — *Klenze* ad Leg. Servil. p. 14 sq. not. 8. et qui in not. seq. excitantur scriptores.

2) *Klenze* in d. Zeitschr. p. 96 — 113. — Cf. *Paulli* sent. rec. IV. Tit. XI. § 8. — L. 4. pr. et § 1. D. *de gradib.* (XXXVIII, 10.) — *F. Huschke* Studien d. röm. Rechts (Bresl. 1830.): 117 sq. not. 14.

3) De quo, tum vero de osculi jure, vid. *Klenze* Zeitschr. p. 17. 21. p. 72. (L. 16. C. *de nupt.* V, 3.) p. 88.

4) *Klenze* l. l. p. 32 — (nr. 3.) p. 91 sq. — Cf. Vat. Fr. § 320. 321.

5) *Klenze* l. l. p. 21 — 32. (nr. 2.) p. 89 sq.

6) L. un. C. *de emendat propinquor.* (IX. 15.)

7) Cf. L. 4. et 6. D. *ubi pup. educ. vel mor. deb.* (XXVII, 2.) — (*Klenze* p. 75 sq. not. 2.). — § 4. I. *de susp. tut.* — L. 18. C. *de nupt.* (V. 4.) — L. 28 C. *de episcop. audient.* (I. 4.)

8) *Klenze* l. l. p. 40 — 52. (nr. 5.). — Cf. L. 5. § 5. *de his qui effuder.* (IX, 3.) (*verb.* dummodo sciamus *rel.*). — L. 1. § 11. D. *de postul.* (III, 1.) — L. 55. pr. D. *de proc.* (III, 3.)

9) L. Servil. Lin. X. — Cf. ib. L. XXII. — L. 5. pr. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — *Klenze* l. l. p. 36 — 38.

esse admissos vero est simillimum, quemadmodum nec testes esse adversus eos cogi poterant [10]). Legibus porro, quae vel impedirent, quo minus quis ex donationibus testamentisve solidum capere posset, vel obligationem heredibus imponerent, fisco partem hereditatis inferendi, conjunctorum liberalitates exemtae erant [11]); unde etiam exceptae personae vocantur, quae illo modo conjunctae sunt [12]). Denique non modo in bonis vendendis cognati praeferebantur extraneis [13]), verum etiam ad hereditatum tutelarumque jus eadem illa conjunctio sensim pertinere coepit [14]).

§ 211. *De alimentorum ex cognationis jure praestandorum officio.*

Alimentorum obligatio, perfecta illa quidem, omnino non cadit in adfines, si unum exeipias maritum. Ex cognatis igitur alimenta suppeditare necesse habent 1) parentes, cujuscunque sint sexus aut gradus, liberis, sie tamen, ut legitime quidem natos prior aut pater aut avus paternus alat, ac post eos demum mater hujusve ipsius parens [1]). Ac similis est causa naturalium liberorum, ut quidem propric vocantur [2]). Contra vero spurii a matre avoque materno alendi sunt [3]), non etiam a patre, scilicet ex Romanorum praeceptis [4]). Ex incestu natis non debentur alimenta [5]); adulterinis secundum jus canonicum ab utroque parentum debentur [6]). 2) Pari vice liberis sustentandorum parentum impositum est officium [7]). Est etiam 3) subsidiaria quaedam fratrum sororumque sese invicem alendi obligatio [8]). Neque alimentorum, quae quis nullo jure cogente, tamen pietatis officio ductus, personis vel cognationis vel adfinitatis vinculo proxime sibi conjunctis praestiterit, repetitio conceditur [9]). Praeterea haee etiam praecipienda sunt: 1) De alimentorum modo boni viri judicisve arbitrio statuendum esse, qui quidem respiciat potissimum et quantae sint ejus, qui debeat alimenta, facultates, et cujusnam conditionis is sit, qui exhibeatur, et quaenam inter utrumque intercedat conjunctionis ratio [10]); 2) alimenta iis non deberi, qui vel ipsi habeant, unde se

10) L. 4. 5. D. *de testib.* (XXII, 5.) — L. 10. pr. D. *de gradib.* (XXXVIII, 10.) — *Klenze* l. l. p. 38 sq. ibiq. not. 2.

11) v. c. legibus Cincia, Furia, Julia et P. P. — *Klenze* l. l. p. 52 — 72. (nr. 6.)

12) Vid. v. c. *Ulp.* Fragm. pr. § 2. — Vat. Fr. § 310.

13) L. 16. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) (cf. L. 14. C. *de contr. emt.* (IV, 38.)

14) [L. 1. § 3. D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.) — nominatim ad tutelam ex lege Atilia. — Cf. *Klenze* l. l. p. 76 — 86. (Nr. IX.) — E. G.].

§ 211.

1) L. 4. L. 5. pr. § 1. 3. 6. — L. 8. D. *de agnosc. et alend. lib.* (XXV, 3.) — Nov. 117. c. 7.

2) Nov. 89. c. 12. § 4. et 6. c. 13. et 15. — Cf. *Glück* Intestaterbf. (ed. II.) § 130. not. 20.

3) L. 5. § 4. 5. D. *de agnosc. et alend. lib.* — Excipitur mater illustris L. 5. C. *ad Sct. Orphit.* (VI, 57.)

4) L. 7. D. *de agnosc. et al. lib.* — *H. C. Stever* Sp. an e jure Justinianeo patri incumbat onus alendi spurios. Rost. 1816. 8. — Secus est eum ex juris can. principiis (arg. c. 5. X. *de eo, qui dux. in matr. quam poll. per adult.* IV, 7.) tum vero maxime ex nostris moribus. — *Sam. Stryk* in usu moderno Pand. L. XXV. T. 3. § 2. 3. — *Thibaut* Pand. § 348. not. d.

5) Nov. 89. c. 15. pr.

6) c. 5. X. *de eo, qui dux. in matr.* — Cf. *Glück* Intestaterbfolge § 137. — Dissent. *Spangenberg* im Archiv für civil. Praxis I. Nr. V. et *Kaucher* ibid. III. Nr. XXVI. — Sed vide *Duntze* in Archiv für civil. Pr. T. XII. Nr. VII. p. 115 sqq. et *de Schroeter* in Zeitschr. für Civilr. u. Proz. T. V. Nr. XXI. p. 303 sqq.

7) L. 5. pr. § 1. 2. 13. 15. D. *de agnosc. et alend. lib.*

8) Vid. L. 13. § 2. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) — L. 4. D. *ubi pup. ed. v. mor. deb.* (XXVII, 2.) — L. 1. § 2. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) coll. c. L. 12. § 3. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) — *Thibaut* Vers. I. Nr. XII. — Dissent. *Weber* nat. Verb. § 102. et ib. not. 6 — 9. — *G. G. Henckell* D. num et quatenus fratres sororesque se invicem alere debeant. Halae 1819. 8. — *Müller* in Archiv für civ. Pr. T. XIII. Nr. XIII.

9) L. 27. § 1. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 11. et 15. C. eod. (II, 19.) — L. 5. § 14. D. *de agnosc. et alend. lib.* — Vid. *Busch* in Elvers Themis T. II. Nr. XXI.

10) L. 5. § 7. 10. 19. 25. D. *de agnosc. et al. lib.* — Nov. 89. c. 12. § 6. (cf. *Thibaut* Pand. § 347.). — Caeterum a civilibus naturalia alimenta distingui solent.

alant [11]), vel tale quid commiserint, propter quod etiam suos exheredes facere liceat [12]); 3) alimentorum praestandorum officium plerumque non egredi personam [13]); 4) judicis sententiam de alimentorum obligatione simpliciter latam praejudicium non facere quaestioni de statu familiaeque juribus [14]); denique 5) de alimentis futuris sine magistratus auctoritate transigere nemini licere [15]).

11) L. 5. § 7. D. *de agn. et al. lib.*

12) Arg. L. 5. § 11. *eod.*—Quem in loc. vid. *Accursium.*— Dissent. *Puggé* in Rhein. Mus. T. III. p. 559 sqq.

13) L. 5. § 17. D. *eod.*

14) L. 10. D. *de his, qui sui v. alieni jur.* (I, 6.) — L. 5. § 9. D. *de agnosc. et al. lib.*

15.) L. 8. C. *de transact.* (II, 4.)

LIBER II.

DE REBUS EARUMQUE DOMINIO.

CAPUT I.

RERUM DIVISIO TOTIUSQUE LOCI CONSTITUTIO.

§ 212. *Rei notio.*

Rei appellatio latissime patet, quippe et lites causasque complectens (ut, si *rem judicatam* dicimus), et jura, et facta qualiacunque [1]). At plerumque magis contrahitur vocabuli significatio, ut ea tantummodo contineat, quae jure nostro afficiuntur eique sunt subjecta; in qua et facta insunt, ea quidem, quae ad solos eventus causasque jurium et constituendorum et immutandorum referenda sunt (§ 83.). Angustior etiam est quaedam rei notio, quae non nisi ea complectatur, quorum et possessio et dominium esse potest; eaque fere una toto hoc in loco utimur. Atque eo quoque modo infinita quodammodo est hujus verbi vis, siquidem et quae extra sunt patrimonium continet, cum, quae alicujus jam sunt, in bonis esse dicantur [2]); eademque et patrimonii nomine veniunt [3]), et pecuniae [4]). Et hoc quidem est, quod dicitur, latiorem esse rei appellationem, quam pecuniae [5]), quae et peculium ὑπεξούσιον appellatur [6]), tum maxime, cum de eo quaeritur, quod quocunque modo ad homines alieno juri subjectas pertineat [7]).

§ 213. *Rerum divisiones* (*). A. *Res in commercio et extra commercium constitutae.*

Commercii vocabulum vel ad hominum jus refertur [1]), vel ad rerum. Dicitur autem earum rerum esse commercium, quae et usibus privatorum destinari, et in obligationem deduci, et alienari acquirique possunt [2]). Et aliae quidem res simpliciter prohibentur a privatorum hominum commercio [3]), aliarum vero aut non plenum perfectumque est commercium [4]), aut certa ratione impeditum [5]), aut

§ 212.

1) L. 23. D. *de V. S.* — Pr. I. *de obligat. ex delicto* (« — nam omnes obligationes *ex re* nascuntur, i. e. *ex ipso maleficio.* ») — L. 1. C. *de lib. causa* VII, 16. (« Rem illicitam et inhonestam admisisse te confiteris » etc.)

2) L. 49. D. *de V. S.*

3) L. 1. D. *de usufr. ear. rer., quae usu consum.* VII, 5. (cf. L. 1. D. *de usu et usufr. leg.* XXXIII, 2.). — Caeter. vid. L. 9. D. *rem pup. salv. fore* (XLVI, 6.)—(Cf. et *Brisson.* de V. S. v. *patrimonium.*)

4) L. 178. pr. D. *de V. S.* — L. 222. *eod.*

5) L. 5 pr. D. *de V. S.*

6) L. 16. pr. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — L. 5. § 3. D. *de pecul.* (XV, 1.) — *Brisson.* v. *peculium* § 8. — Cf. et infra § 220. not. 8. in f.

7) L. 5. § 4. D. *de pecul.* — L. 182. D. *de V. S.* — L. 28. § 2. D. *de pact.* (II, 14.) — L. ult. C. *de inoff. test.* (III, 28.)

§ 213.

(*) Dig. I, 8 et Inst. *de rerum divisione et qualitate*, Pr. § 1 — 10. — *H. Donelli* commentarii jur. civil. Lib. IV. c. 6.— *A. v. Buchholtz* Versuche über einzelne Theile der Theorie des heut. R. R. (Berol. 1833.) Diss. I — VII.

1) *Ulp.* Fr. XIX. § 5.— *de Savigny* Zeitschr. f. histor. R. W. T. V. p. 231 sq. p. 4—6. — *Burchardi* Grundzüge des Rechtssystems der Römer p. 50 — 53.

2) § 2. I. *de inutilib. stipul.* — L. 6. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 39. in f. D. *de leg.* I.

3) Pr. et § 1 — 10. I. *de rer. divis.*

4) Vid. v. c. *Gaji* inst. II. § 31.

5) Vid. v. c. Dig. (XLIV, 6.) et Cod. (VIII, 37.) *de litigiosis;* et infra, not. 10.—[Nonnunquam commercium non plane impeditum est, sed nisi certis formis et conditionibus res alienari non possunt; veluti pr. § 2. I. *quibus alienare lic. vel non* II. 8. — Cf. et § 201. Nr. 3. — E. G.]

hominibus certis tantum interdictum [6]. Causae vero, quae efficiant, ut rerum commercia vel prohibeantur, vel impediantur, aut in ipsarum rerum natura atque indole positae sunt [7], vel in honestatis ratione [8], vel ad religionem, quam in civitate aliqua homines profitentur [9], vel ad privatorum jura tuenda spectant[10], vel ad politiae [11]) redituumque publicorum rationem [12]), denique ad rempublicam omnibus ejus partibus bene gerendam atque administrandam pertinent [13]).

§ 214. *Rerum commercio exemtarum praecipuae species.* 1) *Res divini juris; a) res sacrae.*

Divini juris res, quae quidem rebus humani juris opponuntur, sunt res sacrae, et religiosae, et quodammodo etiam sanctae [1]); quarum quidem tuendarum causa, etsi proprie sunt nullius, tamen actiones competunt aut civium cuique, aut ei, cui damnum aut incommodum aliquod ex earum violatione irrogatur [2]). Et sacrae res e veterum Romanorum disciplina vocantur, quae Diis superis publice rituque solemni [3]) consecratae sunt [4]); quae, ut non recipiunt aestimationem[5]), ita etiam alienari obligarique prohibentur, excepta videlicet causa redemtionis captivorum, itemque famis, tum etiam aeris alieni, si quidem debitrix est ecclesia, nec aliunde debitum exsolvi potest [6]). Manet autem sacra res, donec aut sacris inde evocatis religione liberata sit, aut ab hostibus capta, necdum quasi quodam postliminio reversa, pristino suo statui restituta sit [7]). Sacrae vero res a rebus ecclesiasticis, quae quidem ad ecclesiae patrimonium referuntur, eo potissimum differunt, quod hae nec consecratae, nec commercio exemtae sunt, licet causa vel necessitatis vel utilitatis, ut possint alienari, adesse debeat [8]).

§ 215. b) *Res religiosae* (*).

Religiosae res, quae quidem ex veterum superstitione Diis manibus relictae

6) L. 49. § 2. D. *de legat.* II. — L. 62. D. *de adq. rer. domin.* (XLI, 1.) — L. 3 in f. D. *de vac. et exc. mun.* (L, 5.) — Tit. Cod. *quae res exportari non debeant* (IV, 41.)

7) L. 2. § 1. D. *de rer. divis.* — § 1. I. *de inutilib. stip.*

8) V. c. L. 106. D. *de reg. jur.* — L. 9. § 2. D. *de statu liber.* (XL, 7.) — § 7. I. *mandati* — L. 20. L. 63. § 1. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 26. L. 27. pr. L. 35. § 1. L. 123. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 6. 15. 30. C. *de pact.* (II, 3.)

9) V. c. *Cic.* de legib. II, 24. « — forum bustumve usucapi vetat (lex).» — § 7. I. *de rer. divis.*

10) V. c. pr. I. *quib. alienare licet vel non.* — Cf. omnino not. 5.

11) L. 3. in f. *de exc. et vacat. muner.* — Cf. omnino not. 6.

12) V. c. Tit. Cod. *Quae res venire non possunt et qui vendere vel emere vetantur* (IV, 40.)

13) L. 7. § 16. D. *de pactis* (II, 14.) — Cf. et not. 5.

§ 214.

1) L. 1. pr. D. *h. t.* — *Ael. Gallus* ap. *Festum* de V. S. v. *religiosus.* (*Gothofredi* auctores lat. linguae p. 403.) — *Aurel. Macrobii* Saturnalior. Lib. III. c. 3. — *H. Donellus* comment. jur. civ. Lib. IV. c. 1. — [Caeterum sunt qui contendant res divini juris iis quibus commercium non fuerit adnumeratas non fuisse. — *v. Buchholtz* jur. Abhandl. p. 376 sq. — Sed vide § 7. I. *h. t.* — L. 72 § 1. D. *de contr. emt.* — L. 9. § 5. D. *h. t.* — L. 9. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — E. G.]

2) L. 1. pr. D. *de interd.* (XLIII, 1.) — L. 2. § 1. *eod.* (« Interdicta autem competunt vel *hominum causa*, vel *divini juris* —, sicut est, ne quid in loco sacro fiat, vel quod factum est restituatur [Dig. XLIII, 6.], et de mortuo inferendo vel sepulcro aedificando. »)

3) Nam « si quis auctoritate sua quasi sacrum sibi constituit, sacrum non est, sed profanum. » § 8. I. *h. t.* — L. 9. § 1. D. *h. t.* — Nec obstat L. penult. D. *de pactis* II, 14. (« Nemo paciscendo efficere potest, *ne sibi locum suum dedicare liceat.* ») Vid. *Th. Marcilii* not. ad § 8. I. *h. t.* — (adj. *Jan. a Costae* comment. Inst. cur. *Jo. v. de Water.*).

4) *Gaji* inst. II. § 4. — L. 9. pr. *h. t.* — *H. Grotii* florum sparsio ad jus Justinianeum p. 31 — 33.

5) L. 9. § 5. D. *h. t.*

6) L. 21. C. *de sacros. eccles.* (I, 2.) — Nov. 120. c. 10. — Cf. Nov. 7. c. 8.

7) L. 9. § 2. in f. *h. t.* — L. 36. *de relig.* (XI, 7.) — Cf. L. 6. § 3. *h. t.* — *Plinii* epist. X. ep. 76.

8) De bonis ecclesiasticis vid. L. 14. 17. 25. C. *de sacros. eccles.* — Nov. 7. et 120. — Caeterum de hujus doctrinae usu hodierno cf. *Glück* Comment. nach *Hellfeld* II. § 166 — 168.

§ 215.

(*) Dig. (XI, 7.) et Cod. (III, 41.) *de religiosis* (*et sumtibus funerum.*)

sunt [1]), mortuorum illatione fiunt, dummodo quis aut in suum locum, aut in communem, aut in alium, domino scilicet concedente vel postea ratum habente, inferat mortuum [2]). At communem locum, eumque purum [3]), socio, invitis caeteris, extranei quidem mortui illatione [4]), religiosum facere non licet, sed si prohibeatur, interdicto de mortuo inferendo utiliter aget, scilicet ut inferre ei liceat; nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jaceant, stricta ratio insuper habenda est [5]). Idemque de domino proprietatis dicendum, si in fundum, cujus ususfructus alienus est, mortuum inferre velit [6]). Quodsi quis mortuum in locum alienum intulit vel inferendum curavit, in factum actione tenebitur et poenae pecuniariae subjicietur [7]). Est autem sepulcrum, ubi corpus ossave hominis condita sunt; nec igitur monumentum sive cenotaphium religiosus est locus [8]). Quodsi in diversis locis sepultum est cadaver, tum ille locus religiosus fit, ubi, quod est principale, conditum est, i. e. caput [9]). Caeterum res religiosae, quippe commercio exemtae, neque in usus profanos adhiberi [10]), neque alienari possunt [11]), nec proprie in dominio habentur [12]). Est tamen jus aliquod sepulcrorum privatum, quod, ut actionibus defendi potest [13]), sic etiam successoribus defertur; quo quidem nomine hereditaria sepulcra a familiaribus Romani distinguunt [14]). Quemadmodum autem in illis etiam liberi cujuscunque gradus sepeliri poterunt, sive heredes extiterint, sive sese abstineant, et emancipati et exheredati adeo, nisi specialiter testator eos vetuerit: ita in familiae sepulcra heredes quoque extraneos inferre licet [15]). Desinit autem locus religiosus esse, cum, ut reliquiae transferantur, rite impetratur, itemque, capto ab hostibus loco [16]).

§ 216. c) *Res sanctae.*

Sanctae res (*befriedete Sachen*) dicuntur, quae ab injuria hominum singulari quadam legum sanctione defensae ac munitae sunt [1]); eademque velut sanctitas nonnumquam etiam personis tribuitur [2]). Neque vero rerum sanctarum una est

1) *Gaji* inst. II. § 4.

2) L. 6. § 4. *de rer. divis.*

3) L. 2. § 4. D. *h. t.* (« Purus autem locus dicitur, qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus, sed ab omnibus hujusmodi nominibus vacare videtur. ») § 9. I. *de rer. div.* « In commune vero *sepulcrum* etiam invitis caeteris licet inferre. »

4) L. 41. D. *h. t.*

5) L. 43. D. *h. t.*, quem in loc. vid. *Cujacius* Lib. III. obs. 22.

6) L. 2. § 7. D. *h. t.* — L. 43. *eod.*

7) L. 2. § 1. 2. 3. — L. 7. L. 8. pr. § 4. *h. t.* — Cf. et *Paulli* sentent. rec. Lib. I. T. 21. § 2 sqq. — L. 8. § 2. D. *h. t.* — L. 12. C. *eod.* — L. 3. § 3. D. *de sepulcro violato* (XLVII, 12.)

8) L. 6. in f. et L. 7. D. *de rer. div.* — L. 6. § 1. D. *h. t.* — Caeteroquin vid. de cenotaphiis L. 2. § 6. et L. 42. D. *h. t.* — *Jac. Gothofredi* de cenotaphio diatr. (opp. min. ed. *Trotz* p. 325 sqq.). — *Corn. v. Bynkershoek* obs. jur. rom. Lib. I. obs. 5.

9) L. 44. pr. D. *h. t.* — Cf. *Bynkershoek* l. l. in f.

10) L. 12. § 1. D. *h. t.*

11) L. 2. C. *h. t.* — L. 9. *eod.* — L. 1. § 9. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — Secus ac jus in locum purum inferendi mortuum, quippe cujus omnino sit liberum commercium. — L. 6. § 1. D. *h. t.* — L. 14. C. *de legat.* (VI, 37.)

12) L. 4. C. *h. t.* — L. 4. D. *de mortuo inferendo* (XI, 8.)

13) L. 2. § 2. D. *de interdict.* (XLIII, 1.) — L. 1. et 3. D. *de mortuo inferendo.*

14) L. 5. L. 6. pr. D. *h. t.* — L. 4. 8. 13. C. *eod.* — Cf. L. 33. D. *h. t.* — L. 42. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.)

15) Cf. loc. not. 14. citt. — *B. Brissonii* antiquitt. Lib. II. c. 14. — Dissent. *G. L. Menken* D. de jure sepulchrorum familiarium atque hereditariorum etc. (Opusc. Hal. 1770. 8. Nr. III.) § 4 sqq.

16) L. 44. § 1. D. *h. t.* — L. 1. 10. 14. C. *eod.* — L. 36. D. *h. t.* — (De usu hujus Romanorum doctrinae in foris nostris vid. *Glück* l. l. T. XI. § 767. et § 768. in f.)

§ 216.

1) L. 8. L. 9. § 3. et 4. L. 11. D. *h. t.* — L. 2. D. *ne quid in loco sacro fiat* (XLIII, 6.) — L. 9. § 1. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — L. 16. § 4. D. *de poenis* (XLVIII, 19.) — L. 3. §. 17. D. *de re milit.* (XLIX, 16.)

2) Velut parentibus et patronis (L. 9. D. *de obsequiis parentibus et patr. praestandis* (XXXVII, 15.), legatis (L. 17. D. *de legationib.* L. 7.), etc.

omnium conditio, ideo quod aliae ritu solemni inaugurantur, aliae non item [3]). Quoniam vero neutrae earum sunt Deorum velut propriae, apparet, quare eas *quodammodo* esse divini juris dicatur [4]).

§ 217. 2) *Res humani juris eaeque commercio exemtae* (*); a) *res communes.*

Rerum communium loco eae habentur, quarum dominium nullius, usus vero omnium est, velut aër, aqua profluens, mare, litora maris [1]). Usum tamen eum intelligimus, qui aliis sit innocuus [2]); quodsi quis eo modo uti prohibeatur, injuriarum agi poterit [3]). Sunt autem praeterea haec inprimis observanda : 1) ejus, cujus sit solum, et omne supra id coelum esse [4]); 2) maris litora, qua terram contingant, in quam populus Romanus imperium habet, itidem esse populi Romani, et quodammodo rerum publicarum jure aestimari [5]) : est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit [6]). Denique 3) posse et maris et litoris particulas in privatorum dominium redigi, idque vel maxime fieri aut moles jactando aut aedificia exstruendo, quibus quidem vel dirutis vel a mari rursus occupatis, quae antea fuerint dominio cujusquam subjecta, pristino suo statui restituuntur [7]).

§ 218. b) *Publicae res et universitatis.*

Publicarum rerum, quae quidem in populi alicujus sunt velut patrimonio [1]), duplex est genus distinguendum. Unum, quarum usus spectat ad omnes, qui sunt ejusdem populi, ut flumina publica [2]) ripaeque eorum, ut portus, ut viae publicae [3]). Alterum est earum, quae in pecunia populi s. in bonis habentur, quales sunt agri reditusque publici [4]); a quibus etiam differunt res, quae ad princi-

3) *Plutarchi* quaestiones romanae c. 27. — *Festus* de V. S. v. *rituales* ap. *Gothofred.* p. 409. » — *qua Sanctitate* muri, *quo jure* portae » —). — Cf. *Vinnius* ad § 10. I. *h. t.* — *Schulting* Enarr. part. primae Dig. ad Tit. de rer. divis. § 10. — *E. C. Westphal* üb. die Arten d. Sachen etc. § 7. p. 8. 9.

4) § 10. I. et L. 1. pr. *h. t.* — Cf. *Cic.* de natura deor. (III, 40.) — *Noodt* comment. ad Dig. p. 31. (opp. T. II.).

§ 217.

(*) *H. Donelli* commentarii jur. civil. Libr. IV. c. 2 — 5.

1) § 1. I. *h. t.* — L. 2. § 1. D. *eod.*

2) L. 4. pr. D. *h. t.* — L. 2. § 8. D. *ne quid in loco publico fiat* (XLIII, 8.) — L. 3. § 1. *eod.* — L. 4. *eod.* — L. 1. § 18. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) — L. 1. § 17. D. *de fluminibus* etc. (XLIII, 12.) (« Si in mari aliquid fiat, Labeo ait, competere tale interdictum : *ne quid in mari, inve litore, quo portus, statio* [v. § 13. *eod.*] *iterve navigio deterius fiat.* »)

3) L. 2. § 9. D. *ne quid in loco publico fiat* — L. 13. § 7. D. *de injuriis* (XLVII, 10.)

4) L. 22. § 4. D. *quod vi aut clam* (XLIII, 24.) — Cf. *Gesterding* Nachforschungen T. III. p. 447 sq. Nr. IX.

5) L. 3. pr. D. *ne quid in loco publico.* (Quem quidem locum aliter explicant *Ulr. Huber* Digr. jur. Justin. IV, 15. et *Corn. v. Bynkershoek* de dominio maris Diss. c. 9. (opp. T. II. p. 99 sqq.). — Cf. etiam *Jan. a Costa* ad pr. I. *h. t.* ex edit. *Wateri* p. 141 — 143.

6) § 3. I. *h. t.* — L. 96. pr. *de V. S.* — L. 22. *eod.* — Cf. *Cicero* Top. 7. — *Averanii* interpret. jur. (I, 20.) — *Majansii* Dispp. jur. (Lugd. Bat. 1752. 4.) T. II. Nr. 70. p. 394 sqq.

7) L. 30. § 4. D. *de adq. rer. domin.* (XLI, 1.) — L. 6. pr. L. 10. D. *h. t.* — Cfr. Libr. Basil. XLVI, 3. Fr. 8. T. VI. (p. 164.) et Schol. Basil. ib. p. 170. not. u. — L. 14. D. *de adq. rer. domin.* (XLI, 1.)

§ 218.

1) L. 14. pr. D. *de adq. rer. dom.* (XLI, 1.) — At (quae est hujus vocabuli vis) nunc etiam communes res hoc nomine appellantur, (v. e. L. 14. pr. D. *de adq. rer. dom.*) nunc res civitatum (L. 15. 17. D. *de V. S.*)

2) Cf. *Vinnius* ad § 2. I. *h. t.* — (« Non idem esse aquam profluentem ac flumen. »)

3) L. 4. § 1. L. 5. pr. D. *h. t.* — L. 3. D. *de fluminibus* (XLIII, 12.) — Atque hae quidem proprie ita audiunt : L. 6. pr. L. 72. § 1. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 14. pr. D. *de adq. rer. dom.* vid not. 1.

4) L. 17. D. *de V. S.* — T. Dig. (XLIII, 9.) (*de loco publ. fruendo*).

pis patrimonium referuntur [5]), hac tamen inter utrasque similitudinis ratione intercedente, quod arctis quibusdam finibus circumscriptum est earum commercium, neque vero utique eo prohibentur homines privati [6]). Et res quidem ad civitates aliasque universitates pertinentes item duplicis sunt generis : aut enim in omnium, qui ejusdem universitatis sunt, usu habentur, aut in pecunia sunt universitatis, quae quidem sumtus, in communem omnium utilitatem erogandos, suppeditet [7]). Jam vero, quod ad publicas res ex priore illo genere attinet, ut simillimae hae fere sunt rerum communium, nisi quod certi alicujus populi finibus continentur, nec prorsus eodem modo, ut communium, singulae earum particulae in privatorum dominium rediguntur [8]), ita simili quoque ratione usus earum publicus et actionibus defenditur [9]), et prohibetur, ne quid fiat, quo aut rebus ipsis aut aliis hominibus noceri possit [10]). Sunt autem in praecipuarum hujusmodi rerum numero habendae et viae publicae, inter quas plerumque etiam vicinales, nonnumquam adeo privatas referri convenit [11]), et flumina publica s. perennia, quae quidem saepissime a rivis fluminibusque privatis non nisi aut magnitudine aut circumcolentium existimatione discerni possunt [12]). Et fluminis publici usus ita est promiscuus omnibusque communis, ut ad unum aliquem, etiamsi solus is per longum tempus illo usus sit, pertinere nequeat [12a]); de eo tamen, num is, qui in fluminis publici diverticulo solus piscatus sit, alterum eodem uti prohibere possit, jam inter veteres videtur fuisse dissidium [13]). Riparum quoque usus communis est, quamvis proprietas sit illorum, quorum fortc praediis haereant [14]). Est autem ripa locus, fluminis velut muniendi causa naturaliter constitutus, ex quo a plano vergere coepit usque ad aquam [15]).

5) L. 39. § 10. D. *de leg.* I. — Cf. T. T. Cod. (XI, 61 — 68.)

6) L. 9. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — L. 12. § 2. D. *de Publ. in rem act.* (VI, 2.) — L. 39. § 8. 10. *de leg.* I. — L. 3. C. *ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione summoveatur* (VII. 38.)

7) L. 6. § 1. D. § 6. I. *h. t.*

8) Vid. v. c. § 22. I. *h. t.* — L. 30. § 1. D. *de acq. rer. domin.*—Cf. *H. Donelli* comm. jur. civ. Lib. IV. c. 3. § 11.—*Th. Marcilii* not. ad. § 5. I. *h. t.*

9) L. 1. pr. D. *de interdictis* (XLIII, 1.) — L. 2. § 1. *eod.* — Tit. Dig. (XLIII, 7.) (*de locis et itineribus publicis*). — L. 2. § 45. D. *ne quid in loco publ.* T. T. Dig. (XLIII, 11.) (*De via publica et itinere publico reficiendo*). —(XLIII, 14.)(*Ut in flumine publico navigare liceat*). —(XLIII, 15.) (*De ripa munienda*).

10) L. 24. D. *de damno infecto* (XXXIX, 2.)— T. T. Dig. XLIII, 8. (*Ne quid in loco publico vel itinere fiat*). XLIII, 10.—(*De via publica, et si quid in ea factum esse dicatur*).— XLIII, 12. (*De fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur*).—XLIII, 13. (*Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque priore aestate fluxit*).

11) a) L. 2. § 21. 22. D. *ne quid in loco publ. fiat.* — (§ 22.) « — Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus (quarum etiam solum publicum est, § 21. cit.), quas Graeci *βασιλικάς*, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt (quarum solum alienum est, § 31. cit.), quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt; has quoque publicas esse quidem dicunt : quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. » — At « viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non existat, publicarum viarum numero sunt. » L. 3. pr. D. *de loc. et itinerib. publ.* — Cf. *Hofacker* princ. jur. civil. Rom. Germ. T. II. § 751. *Puchta* civilist. Abhandl. Diss. III. § 4. — b) L. 2. § 23. D. *ne quid in loco publ.*

12) L. 1. § 1. 2. 3. D. *de fluminib.* — Cf. *F. Gesterding* Beiträge zum Wasserrecht (Archiv für civilist. Praxis T. III. Abh. V.) Nr. 1. et *G. L. Funke* de eod. arg. ibid. T. XII. Nr. XV. et XXI.— Caeterum quomodo intelligenda sint haec verba : « flumina — *omnia* — publica sunt » (§ 2. I. *h. t.*), inprimis explicarunt *H. Donellus* l. l. C. III. § 2. et *a Costa* ad § I. cit. — Cf. L. 4. § 1. D. *h. t.* — « Sed flumina *paene omnia* publica sunt. »

12*a*) [Arg. L. 9. D. *de usurp.* (XLI, 3.) et L. 6. C. *de operib. public.* (VIII, 12.) — E. G.]

13) L. 45. pr. *de usurp.* (XLI, 3.) coll. cum L. 7. D. *de div. temp. praescr.* (XLIV, 3.) — *Unterholzner* ausführl. Entw. d. gesammten Verjährungslehre I. p. 185. not. 179. — Cf. tamen *Marcilii* not. ad § 2. I. *h. t.* et *Noodt* ad Tit. D. *de rer. div.* (opp. T. II. p. 29.).

14) L. 5. pr. D. *h. t.*—§ 4. I. *eod.*—*C. A. Weiske* in Elversi Themide II. Nr. X.

15) L. 1. § 5. L. 3. D. *de fluminib.* — Cf. *Marcilii* not. ad § 5. I. *h. t.*

§ 219. B. *Res nullius et alicujus* (*).

Nullius res modis pluribus dicuntur. Nam primum eas hoc nomine appellamus, quae omnino non sunt in hominum commercio [1]; deinde, quae in singulorum non sunt patrimonio, quarum quidem omne jus ad populos spectat universitatesque [2]; denique, quae nunc quidem non sunt alicujus, possunt tamen quandoque ad quempiam pertinere, sive ad eum, cujus jam sit designata persona, ut in hereditatibus [3], sive quicunque eas sibi voluerit habere. Atque in posteriore hoc genere et res sunt, a dominis, qui antea fuerunt, derelictae, et ex communibus atque publicis rebus eae, quae concedi solent occupantibus [4].

§ 220. C. *Res corporales et incorporales* (*). — *Genus, res fungibiles, pecunia.*

Res corporales sunt, quae cerni tangive possunt, ut fundus, mancipium, pecus, vestis et alia innumerabilia ex hoc genere; incorporales, quae animo tantum atque intellectu percipiuntur, qualia sunt, quae in jure consistunt, velut servitus, hereditas, obligatio et actio [1]. Atque incorporalibus rebus etiam adnumerantur genera et quantitates, si quae ita sunt in obligatione, ut, quae sit species debita, dici nequeat [2]. Est autem non una eademque eorum, quae genera dicuntur, natura. Nam alia sunt genera summa, ut vocant, quae, cum res etiam inanes et prorsus nihili complectantur, in obligationem deduci plane nequeunt [3]; contra vero alia, quoniam corporibus constant, iisque et numero et specie certo definitis (quale est legatum generale, ut dicitur), in rerum incorporalium numero haberi non possunt [3a]. Inter ea autem genera, de quibus hic quaeritur, inprimis eminent, et quam dicunt generis obligationem [3b], et

§ 219.

(*) *v. Buchholtz* Versuche Nr. VII.

1) § 7. I. *h. t.* — L. 1. pr. D. *eod.* — *Chr. Thomasii* Schol. — *Ulr. Huberi* praelect. Instit. Libr. II. Tit. I. § 9. adject.

2) L. 1. pr. D. *h. t.*

3) L. 1. pr. D. *h. t.* — L. 3. pr. D. *de pecul.* (XV, 1.)

4) *Res nullius cedit primo occupanti.* — § 47. I. *h. t.* — L. 37. § 1. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — L. 1. D. *pro derelicto* (XLI, 7.) — § 12. 18. I. *h. t.* — L. 1. D. *de adq. rer. domin.* (XLI, 1.) — *J. A. L. Seidensticker* comm. de fundamentis juris supremae potestatis circa adespota ex jure publico universali jure romano et jure publico germanico. Gott. 1784. 4.

§ 220.

(*) Inst. II, 2. (*de rebus corporalibus et incorporalibus*). — *H. Donelli* commentarii jur. civil. Lib. V. c. 1. — *v. Buchholtz* Versuche Nr. I.

1) *Cicero* Top. c. 5. — L. 1. § 1. D. *h. t.* — *Ulpiani* Fr. XIX, 11. — L. 14. pr. D. *de servit.* (VIII, 1.) — L. ult. in f. C. *de praescr. longi temp.* (VII, 33.) — L. 43. § 1. D. *de adq. rer. domin.* (XLI, 1.) (« Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est. ») — L. 3. pr. D. *de acq. rer. am. poss.* (XLI, 2.) — L. 4. § 27. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — Cf. *C. F. G. Meister* de philosophia JCtorum romanorum stoica in doctrina de corporibus eorumque partibus (Gott. 1756. 4. et in opusc.) § 2—4. § 7—10. — [Dominium pro re incorporali Romanis habita non est, quippe qui objectum, quod est res certe definita, spectali sint. — *v. Buchholtz* l. l. p. 2. p. 7 sq. — Sin vero objectum non est res definita, veluti genera et quantitates, incorporalibus rebus adnumerari solet. — E. G.]

2) L. 54. pr. D. *de V. O.* (XLV, 1.) (v. infra § 224. not. 4.) — L. 7. pr. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.) — L. 30. pr. *de leg.* I. — Cf. L. 1. § 7. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV, 2.) — *P. H. Tilemann* D. de genere et specie JCtorum, Altd. 1681. 4. — Dissent. *v. Buchholtz* l. l. p. 11 sqq.

3) L. 94. L. 115. pr. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 1. C. *de dotis promiss.* (V, 11.) — *Vinnius* ad § 22. Inst. *de legat.* Nr. 2. — *Hoepfner* comment. § 569. Nr. 1.

3a) [Vide § 17. I. *de legat.* — *Hoffmann* Versuche in Bearbeitung des R. R. fasc. I. p. 17. lin. 4 sq. — *v. Buchholtz* Versuche Nr. III. p. 44 sq. — E. G.]

3b) [i. e. obligatio cujus objectum generis certi res non definita. L. 54. L. 75. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — *de Buchholtz* l. l. p. 17 sqq. — *Mackeldey* Lehrbuch § 149. (ed. X.) — E. G.]

rerum universitates, quatenus quidem non singulas res, sed universum velut corpus intueamur[4]), et rerum fungibilium, quae vocantur [5]), quantitates. Ita enim appellamus res, quae, in obligationem deductae, aliae pro aliis, dummodo sint ex eodem genere ejusdemque qualitatis, solvi reddique possunt. Licet vero ad res fungibiles plerumque sint referendae res, quae pondere, numero et mensura constant, atque ex caeteris eae, quae usu consumuntur aut minuuntur[6]), privatorum tamen est liberum arbitrium statuendi, quid in quovis obligationum genere alterum alteri dare reddereve oporteat[7]). Caeterum ex his, quae diximus, sponte intelligitur, in fungibilium rerum genere haberi etiam pecuniam signatam s. numeratam, si quidem non corpus nummorum spectetur, sed, ut plerumque fit, pretium atque aestimatio[8]).

§ 221. *Rerum corporalium divisio in mobiles et immobiles* (*).

Rerum corporalium aliae sunt mobiles, quae salva sui forma loco moveri possunt, aliae immobiles, quae cum solo contineantur, moveri non possunt. Mobiles item bifariam dividuntur: aut enim anima carent, qualia sunt aurum, argentum, vestis, aliaque complura ex hoc genere, aut animatae sunt, quae etiam moventes seu se moventes appellantur, ut servi, ut animalia[1]). Atque ex priore quidem genere hae inprimis sunt insignes: supellex[2]), instructus et instrumentum[3]), vestimenta[4]), penus[5]), merx[6]), tignum[7]), ruta caesa[8]). Anima-

4) Cf. § 223. — V. et L. 5. pr. D. *de impens. in res dotat. fact.* (XXV, 1.) « — non enim ipso jure *corporum, sed dotis* fit deminutio. »

5) Propter L. 2. § 1. D. *de reb. credit.* (XII, 1.) « Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum [*al.* earum] datione possumus in creditum ire, quia [*al.* quae] in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie. (cf. *Taciti* annal. IV, 61.) — L. 12. D. *de offic. praesid.* (I, 18.) — L. 20. pr. D. *de a. v. omitt. her.* (XXIX, 2.) — Cf. *Bynkershoek* obs. jur. rom. I, 10. — et *Schotti* prolus, seq. not. excitanda.

6) L. 2. § 1. D. *de reb. cred.* — L. 30. pr. *de leg.* I. — L. 1. § 7. D. *ad Leg. Falcid.* — § 2. I. *de usufr.* — L. 1. D. *de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur* (VII, 5.) — L. 3. § 6. D. *commodati* (XIII, 6.) — *A. F. Schott* Prolus, qua res, quae functionem recipiunt, definiuntur (opusc. Lips. 1770. nr. VI. p. 212.)

7) Vid. e. gr. L. 3. § 6. D. *commodati.* — L. 3. D. *loc.* (XXIX, 2.) — [Hoc loco nisus *Maekeldey* l. l. § 149. vocabulo: *res fungibilis* latiorem sensum attribuit.]

8) L. 1. pr. D. *de contrah. emt.* (XVIII, 1.) — Cf. L. 2. C. *de ponderatoribus* (X, 71.) — L. 1. 2. C. *de veteris numismatis potestate* (X, 10.) — *B. Branchu* obs. Dec. altera (Lugd. Bat. 1723. 8.) c. 11. 12. 13. 14. 16. (*De pecunia quaedam, cum excursu politico, de ratione civitatis ditandae*, c. 14. adj.). Inprimis vero *Pfeiffer* pract. Ausführungen. T. I. Diss. VII. — A pecunia numerata corpora distinguuntur: L. 19. § 2. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.) (cf. L. 46. *eod.*). — L. 5. pr. *de impens. in res dotal. fact.* (XXV, 1.) — L. 34. § 3. 4. D. *de leg.* I. — L. 95. *de leg.* III. — L. 94. § 1. D. *de solut.* (XLVI, 3.) etc. — Cf. *Jan. Averanii* interpret. jur. Lib. III. c. 10. nr. 3 — 5. — Pecunia autem numerata, quatenus ut corpus consideretur, ex locis his intelligi par est: L. 24. D. *depositi* (XVI, 3.) — L. 3. in f. et L. 4. D. *commodati.* — L. 34. § 4. D. *de leg.* I. — L. 37. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. et L. 79. § 1. *de leg.* III. — *Fr. G. Struve* (resp. *Gelhud*) D. de pecunia praesidii causa reposita, vom Spahr-oder Noth-Pfennig, Jen. 1710. 4. et inprim. *Branchu* l. l. c. 13. — *C. L. Crell* D. de peculio personarum sui juris. Viteb. 1751. — *C. G. Haubold* de leg. nominis. (Lips. 1793.) § 4. nr. II. (opusc. I. p. 515 sq.).

§ 221.

(*) *L. G. Mogen* comm. de vera ac genuina rerum mobilium et immobilium indole, sec. diversa jur. rom. et germ. principia. Giess. 1760. 4. — [C. Nap. 516-536.]

1) L. 1. pr. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1) — L. 2. D. *de supell. leg.* (XXXIII, 10.) — L. 15. § 2. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 5. § 1. D. *de requir. vel absentib. damnand.* (XLVIII, 17.) — L. 93. D. *de V. S.* — L. 49. § 2. C. *de episc. et cler.* I, 3. etc.

2) L. 6. pr. D. *de supellectile leg.* (XXXIII, 10.) — L. 1. et 7. pr. *eod.* — *Aegid. Menagii* amoenitat. jur. civ. c. 20. v. *supellex.*

3) L. 8. L. 12. pr. § 12. § 16 — 23. § 27. D. *de instructo vel instrum. leg.* (XXXIII, 7.) — Vid. *Cujacii* Paratitl. ad Tit. Dig. cit. — *Ant. Augustini* emendat. et opin. (*Otto* thesaur. T. IV.) Lib. II. c. 4. — *Brisson.* voce *instrumentum* § 2. — *G. L. Funke* die Lehre von den Pertinenzen § 7.

4) L. 23. D. *de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis, et statuis legatis* (XXXIV, 2.) — L. 127. D. *de V. S.* — Cf. L. 15. § 5. D. *de usufr.* (VII, 1.)

5) *Festus* v. *penora* (ap. *Gothofr.* p. 362. « Penora dicuntur res necessariae ad victum quotidianum, et locus eorum penarius. ») — L. 3. pr. D. *de penu legata* (XXXIII, 9.) (« — penu legata contineri, quae esui potuique sunt. ») — Cf. *Brissonius* v. *penuaria* et *penus.*

6) L. 66. D. *de V. S.* (« Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet. ») — L. 207. *eod.*

7) L. 62. D. *de V. S.* — L. 1. § 1. D. *de tigno juncto* (XLVII, 3.)

8) Quibus opponuntur *fixa vincta.* — L. 241. D.

lium autem tria genera distinguuntur: nam aut fera sunt, quibus etiam adnumerantur et apes, et columbae, et pavones, aut mansueta, aut mansuefacta [9]. Quae quidem distinctio ad ejus potissimum juris, quod ad animalium dominium vel adquirendum vel amittendum spectat, indolem recte aestimandam valet. (Vid. infra § 251. Nr. 1.)

§ 222.

Et immobilium quidem rerum, quae variis nominibus et soli rerum, et fundorum [10]) et praediorum appellantur, aliae aedificia sunt, s. aedes [11]), cum urbana, quae prae caeteris aedes, tum rustica, quae villae ex usu quidem communi dicuntur; aliae aedificiis vacuae, quas quidem in urbe areas, rure autem agros appellare solent [12]). Neque vero his appellationibus eae omnino respondent, quibus praedia urbana distinguuntur a rusticis, quae quidem modo a materia, modo a fine, in quem parata sunt, modo a loco dicuntur [13]). Nonnumquam autem res, per se quidem mobiles, immobilium jure censentur, qualia sunt, quae fixa vincta vocantur, et si quae alia pertinentiarum, ut ajunt, loco habentur (§ 226 [13] *a*), tum, ex usu forensi legibusque quarundam regionum domesticis, nonnullae etiam res ex mobilium genere, quae propria sua vi ac natura constant, nec ulla parte ab immobilibus pendent [14]). Licet vero rerum mobilium atque immobilium distinctio in incorporalium rerum notionem proprie non cadat [15]), tamen interdum ad hanc quoque transferenda erit, ita quidem, si forte aut legislatores, aut homines privati, de toto patrimonio cogitantes, mobilium immobiliumque rerum tantum faciant mentionem, ut, quaenam jura cuique rerum generi tribuenda sint, eum ex voluntatis conjectura [16]), tum adhibita aliarum legum similitudine, definiatur necesse sit [17]).

de V. S. — L. 17. § 6. D. *de act. emti vend.* (XIX, 1.) — *Cic.* Top. 26. in f. — Vid. *Brisson.* h. v. et *J. L. E. Püttmann* D. de rutis caesis. Lips. 1776. et in syll. varior. opusc. Nr. 10.

9) § 14. 15. I. *h. t.* — L. 1—5. D. *de adq. rer. dom.* (XLI, 1.) — *J. W. Marckart* D. de divisione animal. juridica, in exercitt. academ. (Harderov. 1751. 4.) Nr. 8. — *C. G. Biener* Disp. jur. rom. et germ. de apibus. Lips. 1775. 4.

§ 222.

10) Fundorum appellationem ad aedes olim quidem non pertinuisse, didicimus potissimum ex *Cicerone* (Top. c. 4. et or. pro Caecina c. 19.) atque *Gajo* (Inst. II, 42.). — Vid. tamen L. 211. D. *de V. S.*: « Fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. — »

11) L. 41. § 5. D. *de leg.* I. (« — ex aedibus suis urbanis atque rusticis — »). — Cf. *Brisson.* v. *aedes* § 3.

12) L. 211. D. *de V. S.* — Cf. etiam L. 115. *eod.* — Cf. *Huschke* Zwei Abhandlungen aus dem Gebiete der Alterthumswissensch. u. der Rechtsgeschichte. (Heidelb. 1835.) p. 76 sq.

13) L. 198. D. *de V. S.* — § 1. I. *de servit.* — L. 1. pr. D. *comm. praedior. tam urbanor. quam rustic.* (VIII, 4.) — L. 3. 4. D. *in quib. caus. pign. tacite contr.* (XX, 2.) — L. 1. D. *de reb. eor., qui sub tut. vel cura sunt* (XXVII, 9.) — *A. Vinnii* sel. quaest. I, 30. — *J. C. Koch* D. de praedio urbano et rustico. Jen. 1757. 4. rec. Giess. 1774. — *A. D. Weber* Versuch üb. d. Civilr. p. 81—87. — Caeter. cf. *Unterholzner* Entwickelung der ges. Verjährungslehre § 191. (T. II.)

13*a*) Cf. *Buchholtz* Versuche Diss. II.

14) Cf. *Runde* teutsch. Privatr. § 254. — *Glück* Comment. nach *Hellfeld* II. p. 523. ed. II. — Vid. tamen *Mogen* l. l. § 18 sqq. — [Cod. Nap. 524 sq.]

15) L. 7. § 4. D. *de pecul.* (XV, 1.) — L. 15. § 2. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 2. pr. C. *de quadriennii praescriptione* (VII, 37.) — L. un. § 7. C. *de rei uxoriae act.* (V, 13.)

16) L. 102. pr. in f. D. *de leg.* III.

17) Arg. L. 143. *de V. S.* — L. 15. D. *de reg. jur.* — L. 47. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) Clem. 1. *de V. S.* (V, 11.) verb.: « Cumque annui reditus inter immobilia censeantur a jure. — » — Quodsi his adhibitis praeceptis res ad liquidum perduci nondum potest, at alium immobilium, alium mobilium rerum aliquis heredem instituit, nomina inter utrumque sunt pariter distribuenda; arg. L. 9. § 13. — L. 35. pr. et § 1. D. *de heredib. inst.* (XXVIII, 5.) — Caeter. de tota hac quaest. vid. *Glück* ad *Hellfeld.* § 174. — *Weber* ad *Hoepfnerum* § 345. not. 2. — Cf. et *Hauboldi* locum supra § 220. not. 8. in f. laud.

§ 223. D. *Res simplices et compositae* (*). *Rerum universitates.*

Simplices res, quas quidem unitas (ἡνωμένα) Romani vocarunt, sunt, quarum est partium inter se non intermissa conjunctio, ut homo, tignum, lapis, et similia. Compositarum autem duo sunt genera: unum est, quod ex pluribus inter se cohaerentibus rebus constat (συνημμένα), qualia sunt aedificium, navis, armarium; alterum, quod distantia continet, uni tamen nomini subjecta, eaque non ex singulis, quae ipsis insunt, speciebus aestimanda; quam quidem *rerum universitatem* [1]) prae caeteris [2]) vocamus. Solet autem discrimen statui inter *juris* et *facti* s. *hominis* universitates [3]), ideo, quod aliae ex omni rerum genere compositae esse possunt, tum vero sine ulla re juris nomen atque intellectum habent, ut hereditas [4]), peculium [5]), dos [6]), aliae, ut sine rebus, quae illis insint cogitari prorsus nequeunt, sic ex rerum sibi similium, maxime corporearum [7]), conjunctionibus, iisque vel dominorum voluntate vel usu consuetudineque vitae factis, constant, qualia sunt grex, taberna, instrumentum fundi, aliaque hujusmodi [8]). Enimvero omnino hoc in loco providendum, ne prorsus aliena miscendo in gravissimos prolabamur errores. Igitur primum omnium a rerum universitatibus, quas quidem hic intelligimus, sejungi necesse est conjunctiones ejusmodi, quibus res continentur corporibus ac speciebus certo definitae, hoc pacto, ut non ad totam universitatem, sed ad singulas res, quae in ipsa insunt, jus, de quo quaeritur, referendum sit [9]). Deinde probe notandum, non omnia aeque juris praecepta aut in omnes rerum universitates aut in singulas ex eodem genere valere [10]), tum vero statuentium voluntate fieri posse, ut de-

§ 223.

(*) *Seneca* ep. 102. *Id.* natural quaest. II, 2. — L. 30. pr. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — *Warnkoenig* in Arch. f. civ. Pr. T. XI. Nr. IX. § 1.

1) *Hasse* über Universitas juris und rerum (Arch. f. civ. Pr. T. V. Nr. 1.). — *Warnkoenig* über den Begriff. u. die jurist. Wichtigkeit der s. g. Universitas rerum (ibid. T. XI. Nr. IX.). — *Spangenberg* in Themide II. Nr. XII. — *H. K. Hoffmann* üb. den Einfluss allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners (Vers. üb. Röm. R. I. Darmst. 1830.) § 4 sqq. — *v. Buchholtz* Versuche Nr. III. — *Rosshirt* über Universitas rerum in *ejusd.* Zeitschr. T. I. p. 114 — 117. — *Gesterding* über univers. rer. in Nachforschungen. T. IV. Nr. II. — *Auctoris* distribe über die s. g. juris u. facti universitates, in Arch. f. civ. Pr. T. XVII. Nr. XII.

2) Romani enim idem vocabulum ad quodvis totum s. indivisum corpus referebant. Hinc fundi, aedificii, aedium universitas dicitur. L. 30. D. *fam. erc.* (X, 2.) — L. 7. § 11. D. *de acq. rer. dom.* (XLI, 1.) — L. 23. pr. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — Cf. *Hasse* l. l. p. 4. — *Hoffmann* l. l. § 5. p. 8. (vid. et infra not. 4.).

3) Quae quidem distinctio originem debet glossatoris observationi, haec notantis: « peculium est *universitas incorporea et juris*, in qua actiones continentur; sed illud est verum de corpore aliquo, vel *corporea universitate*, *ut equitio.* » Gl. ad L. 1. § 8. D. *quando de pecul. act. annalis* (XV, 2.) — Cf. *Lauterbach* eclog. theor. pract. Lib. 28. Tit. I. § 1. — *Hoepfner* Comment. § 278. — *Glück* Comment. T. II. § 172 a. — *Auctoris* diatribe modo laud. p. 325 sqq.

4) L. 50. pr. D. *de hered. pet.* (V, 3.) — L. 178. § 1. L. 208. D. *de V. S.* — Et Romani quidem, cum accursius et velut ex artis regulis loquuntur, universitatis nomen non nisi de hereditatibus ejusque similibus acquisitionum generibus usurpare consuerunt (L. 20. § 10. D. *de her. pet.* — cf. infra not. 23.), scil. propter universitatem successionis; § 6. I. *per quas person. nobis acquir.* — L. 3. pr. D. *de bon. possess.* (XXXVII, 1.)

5) L. 30. pr. L. 32. pr. in f. L. 40. D. *de pecul.* (XV, 1.) — L. 1. pr. L. 3. D. *quando de pecul. act. annalis est* (XV, 2.) — L. 33. 34. D. *de pecul.*

6) Vid. v. c. L. 49. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — Vid. *Auct.* diatr. laud. p. 374 sqq.

7) Quod quidem non est perpetuum. Nam et Calendarium hominis, s. nominum universitas, non juris, sed facti universitatibus adnumerandum est; L. 64. D. *de leg.* III. — *Auct.* distr. p. 349 sqq.

8) *Warnkoenig.* l. l. § 3. p. 185 sqq.

9) At exemplum minime aptum ad hanc rem proposuit *Warnkoenigius* l. l. p. 183. Nam licet haud diffitemur, multum interesse inter bibliopolarum tabernas et bibliothecas privatorum, tamen in utrasque convenit, quod velut proprium est rerum universitatibus, ut adjectionibus corporum idem etiam maneant (L. 30. § 2. D. *de usurp.* cf. infra not. 13.). — Caeter. *Warnkoenigio* adstipulatur *Spangenberg.* l. l. — At vide *Auctoris* distr. p. 378. — *Buchholtz* l. l. p. 35 sq.

10) *Hasse* l. l. p. 6 sqq. — *Warnkoenig* l. l. § 4. — *Rosshirt* l. l. — *Auctoris* diatr. p. 371 sqq.

finiatur, utrum res ex eodem genere unique nomini subjectae in universitatum numero habendae sint, nec ne [11]). Quibus praemissis haec etiam superstruenda sunt praecepta : 1) Quamquam ad ipsum universitatis velut corpus jus aliquod referendum est, adeoque incrementum universitatis ei prodest, ad quem jus illud pertinet [12]) : tamen nec utique aut deminutio eidem nocebit, aut in aliarum rerum vicem aliae cedent, quippe quod pro varia juris ipsiusque universitatis indole alias aliter definiendum erit [13]). 2) Quodsi in tantum deminuta vel mutata est universitas, ut non amplius in eam conveniat universitatis nomen, nihilominus retinetur jus in eo, quod reliquum est [14]), dummodo id ita feret natura ejus, de quo quaeritur, juris [15]). 3) Facti universitas, ut vocant, eaque corporibus constans (not. 7.), una peti potest in rem actione [16]), quae quidem a singularum rerum petitionibus haud ita multum differt [17]). At quae juris sunt, nisi in personam actione, generaliter peti nequeunt [18]); praeterquam hereditates. Quarum causa de universitate actio proposita est [19]); quae quantopere a singularum rerum petitione discrepet, suo in loco accuratius dicetur [20]). Id unum autem praeteriri nequit, formulam istam decantatam : *in universalibus rem succedere in locum pretii, et pretium in locum rei* [21]), ne in hereditatum quidem petitiones probe convenire [22]), ac multo etiam minus de reliquis, quas vocant juris universitates, recte praedicari [23]).

§ 224. E. *Res dividuae et individuae* (*).

Res dividuae sunt, quae divisionem, vel naturalem vel civilem, recipiunt, individuae, quae ne alterutro quidem modo dividi possunt, sive id lege impediatur [1]), sive privatorum arbitrio, sive ipsius rei natura. Naturaliter, i. e. in

11) Scil. quatenus non refragatur jus publicum, quale est praeceptum: neminem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere posse; § 5. I. *de heredib. instit.* — L. 1. § 4. D. *eod.* (XXVIII, 5.). — L. 41. in f. D. *de vulg. et perp. subst.* (XXVIII, 6.). — Cf. et *Hoffmann* l. l. p. 20 sqq.

12) L. 21. 23. D. *de leg.* I. — L. 13. pr. D. *de pign.* — L. 40. § 1. D. *de pecul.* — L. 20. § 3. D. *de hered. petit.*

13) Cf. v. e. L. 34. D. *de pignorib.* (XX, 1.) — L. 20. § 12. et L. 25. § 17. D. *de her. pet.* (V, 3.) — L. 16. pr. D. *de usu et habit.* (VII, 8.) — Vid. et not. seq. et infra doctrinam de pignore generali (Cap. VI. Sect. I.).

14) § 18. I. *de legat.* — L. 22. D. *de leg.* I.

15) L. 10. § 8. L. ult. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (VII, 4.) — Cf. L. 65. § 1. D. *de leg.* II. — Cf. *Warnkoenig* p. 188 sq. nr. 5. — *Hoffmann* § 32. 33. p. 64 sq. — *Auctoris* diatr. p. 347 sqq.

16) L. 1. § 9. L. 56. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 34. pr. D. *de pign.* — Arg. L. 1. § 1. D. *de instr. leg.* (XXXIII, 7.) — Cf. et not. seq. et *Auctoris* diatr. p. 347 sqq.

17) L. 1. § 3. L. 2. L. 3. pr. D. *de rei vindicatione.*

18) L. 56. D. *de rei vind.* — Cf. *Auctor.* obs. jur. rom. c. l. § 9. 10. et diatr. laud. p. 388 sqq. Nr. III.

19) *Gaji* Instit. IV. 17. 34. 35. — L. 1. pr. D. *de R. V.* — L. 1. § 1. D. *quor. bonor.* (XLIII, 2.)

20) Interim hac de re vid. *Auctor.* obs. alleg. § 3. 4. et *Hasse* l. l. p. 18 sq.

21) *Hoepfner* Commentar üb. die Heinecc. Institutionen p. 278. et leges supra not. 3. laudatas.

22) L. 20. pr. et § 1. D. *de hered. pet.* — L. 20. § 12. L. 25. § 17. *eod.*

23) Quomodo enim intelligenda sit L. 20. § 10. D. *de hered. pet.* (« Non solum enim in hereditate hoc utimur SCto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate — »), alio in loco demonstrare conatus sum (obs. jur. rom. l. all. § 11.). Quodsi tamen erunt, qui formulam istam retinendam esse sibi persuasum habeant (quorum in numero etiam est *Hoffmannus* l. l. p. 32 sqq.), nihil quidem recuso, dummodo meminerint illi, nullo modo eam ad universitatis *vindicationem* esse referendam.

§ 224.

(*) *Fr. Hotomani* Quaestion. Illustr. liber c. 18 —21. (Opp. T. I. — 1599. — p. 897 sqq.). — *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. XV. c. 6. — *Molinaeus* de dividuo et individuo. — *Aug. Hoffmanni* Tr. de jure rerum individuarum. Hal. 1701. 4. — *J. Rubo* Versuch einer Erklärung der Fragmente L. 2. 3. 4. 85. de verb. obl. — Ueb. d. Theilbarkeit u. Untheilbarkeit d. Obligationen nach d. röm. Recht. Berl. 1822. 8. — *v. Buchholtz* Versuche Nr. IV. 2.

1) Cf. *Hoffmann* l. l. c. 1. aphor. 8. nr. 49. — *Rubo* l. l. § 4. § 32—36.

partes certas easdemque discretas divisione facta, quot fiant partes, totidem fieri res existimatur; longe secus, ac si ita instituatur divisio, ut intellectu magis quam corpore partes habere singuli videantur. Vocant juris nostri auctores hanc quidem partitionem *pro indiviso*, superiorem illam *pro diviso* [2]). Atque utroque quidem modo dividi possunt et res immobiles, et quantitates [3]), et genera, eatenus quidem, quatenus plurium rerum numero, non specie definitarum complexus, generis appellatione significatur [4]). Non nisi juris intellectu divisionem recipiunt, tum jura, tum res mobiles, qualescunque sunt [5]). At plane expertes divisionis inprimis sunt et servitutes, excepto usufructu [6]), et pignoris obligatio [7]), et ejus generis obligationes, in quibus vel rei individuae praestatio vertitur [8]), vel factum [9]), vel quid, quale et quantum sit praestandum, adhuc in incerto est [10]). Quamvis autem de harum rerum usu singulis in locis accuratius dicendum erit, tamen quae sequuntur, tamquam communia, hic etiam esse praecipienda videntur. Igitur 1) quoties de rerum partitione quaeritur, partium nomen ad quantitatem referendum est, non ad qualitatem, s. ad elementa, quibus jus aliquod constat [11]), nec magis ad temporum intervalla, quibus quid fieri potest [12]). 2) Individuum esse jus ideo nonnumquam dicitur, ut intelligatur, aut indefinite jus esse persequendum, nec certam rem, vel partem petendam, aut integrum aliquod corpus debere, non diversarum rerum partes praestari [13]). 3) Non eadem est individuitatis causa, quae a natura, quam ejus, quae a lege proficiscitur (nr. 1.), siquidem eorum, quae naturaliter non recipiunt divisionem, pro parte aut constitui, aut perimi jus, nullo modo fieri potest [14]). Quod tamen non impedit, quo minus earum rerum *usus* aut tempore, aut loco, aut quomodocunque id demum fieri potest, dividatur [15]). 4) Caeterum, cum

2) L. 25. § 1. D. *de V. S.* — L. 25. D. *quib. mod. ususfr. vel usus amittitur* (VII, 4.) — L. 66. § 2. in f. D. *de leg.* II. — L. 8. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — L. 36. D. *de servit. praed. urb.* (VIII, 2.)— L. 6. § 1. D. *commun. praedior.* (VIII, 4.) — L. 5. D. *de stipulat. servor.* (XLV, 3.)

3) L. 29. in f. D. *de solut.*

4) L. 54. pr. D. *de verb obl.* (XLV, 1.)

5) L. 8. in f. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — Cf. v. *Buchholtz* l. l. p. 60 sq. — L. 5. D. *de stipulat. serv.* (XLV, 3.)

6) L. 17. D. *de servit.* — Cf. L. 11. *eod.* — L. 25. et 34. D. *de serv. pr. rust.* (VIII, 3.)— L. 5. in f. L. 6. § 1. D. *communia praedior. tum urb. quam rust.* (VIII, 4.) — L. 4. § 3. 4. D. *si servit. vind.* (VIII, 5.) — L. 25. § 9. 10. D. *fam. ercisc.* (X, 2.)— L. 1. § 9. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV, 2.) (*verb.*: « Si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest, non *sicut caeterae servitutes individuae sunt* »). — L. 19. D. *de usu et habitatione* (VII, 8.) — *Rubo* p. 43. p. 48—51.

7) L. 8. § 2. L. 9. § 3.—L. 11. § 3. et 4. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) —L. 19. D. *de pignor.* (XX, 1.) — L. 65. D. *de evict.* (XXI, 2.) (*verb.*: « propter indivisam pignoris causam »). — L. 85. § 6. D. *de V. O.* —L. 6. 16. C. *de distr. pignor.* (VIII, 28.)— L. 1. 2. C. *de luitione pignor.* (VIII, 31.) — Tit. Cod. « *si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit, vel acceperit* » (VIII, 32.) — Sed vide L. 16. § 8. D. *de pignoribus* (XX, 1.) — Cf. *Buchholtz* l. 1. p. 55. in f. et supra not. 2.

8) L. 2. § 1. *de V. O.* (« — ut in his, quae natura divisionem non admittunt, velut cum viam, iter, actum stipulamur. ») — § 5. (« Item si in facto sit stipulatio, velut si ita stipulatus fuero: per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire, agere liceat, et unus ex pluribus cohaeredibus prohibuerit, tenentur et cohaeredes ejus » —); cf. § 6. ej. leg. — L. 4. § 1. L. 72. pr. L. 85. § 2. 3. *eod.* — L. 25. § 9—12. D. *fam. ercisc.* (X, 2.)— L. 1. § 17. D. *de aqua quot. et aest.* (XLIII, 20.)

9) L. 11. § 23. 24. D. *de leg.* III. — L. 72. pr. L. 85. § 2. D. *de V. O.* —L. 2. § 5. L. 85. § 3. L. 131. pr. *eod.*—L. 25. § 12. D. *fam. erc.* (X, 2.)—*Rubo* p. 19. p. 37. p. 145—154. — Atque instar est facti obligationis, cum poenae stipulatio cuivis adjicitur obligationi. L. 25. § 13. D. *fam. erc.* — L. 2. in f. L. 5. § 3. in f. L. 85. § 6. D. *de V. O.*

10) L. 2. § 1. D. *de V. O.* — L. 75. § 1. 2. 8. L. 85. § 4. *eod.*

11) L. 13. § 2. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.)—*Rubo* p. 35. not. **. et p. 36.

12) *Rubo* p. 42. — Prorsus igitur alienum est ab hoc loco praeceptum: cogi non posse creditorem, ut per partes solutionem accipiat. — L. 41. § 1. D. *de usur.* (XLI, 1.)

13) § 33. I. *de act.* (*vers.*: proximus est is, qui causa plus petit, *rel.*) et ll. supra in not. 10. laudat. — *Rubo* § 6. p. 56—69. — p. 90.— § 13. p. 108 sqq.

14) L. 13. § 1. L. 17. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.) — *Rubo* p. 91 sq.

15) Vid. v. c. L. 3. § 1. D. *de servit.* (VIII, 1.) — L. 19. § 4. D. *communi divid.* (X, 3.)— *Rubo* § 17. p. 203 sqq.

duo pluresve in rebus naturaliter individuis concurrunt, et usus erit omnium promiscuus et individuus, et actio obligatioque ad quemvis eorum in solidum pertinebit [16]).

§ 225. F. *Res principales earumque accessiones.*

Rebus principalibus, quae quidem sua vi ac potestate constant, opponuntur accessiones [1]) earum, ad quas rerum juriumque commoda incommodaque referenda sunt. Atque in commodis maxime habentur haec : 1) quaecunque ex re nostra nascuntur proveniuntque, sive fructus, tum naturales, tum civiles ut vocant [1 a]); 2) quidquid ita accessit rei immobili, ut ipsi naturaliter cohaereat [2]); 3) rei etiam, quae movetur, tamquam accessiones cedent adjuncta, quoties aut in illam totius rei et nomen et notio cadit [3]), aut, quod adjungitur, ejusmodi est, ut sine illa esse omnino nequeat [4]); praeterea 4) nonnumquam res, licet ab alia nec provenerint, nec ad ejus velut integritatem pertineant, tamen ad eam ita sunt affectae, ut tamquam in ipsius partibus habeantur : vocant pertinentias (§ seq.); denique 5) inter obligationem actionumque accessiones referendum, si quid est, quod praeter causam in obligationem deductam peti potest; id quod generali ejus, quod interest, nomine venire solet [5]). Omnino autem, quidquid ita accedit rei, ut ejus conditionem meliorem reddat magisque efficacem, *causa* rei appellatur [6]), quam in externam et internam dividunt recentiores [7]). Jam vero de rerum accessionibus ita videbimus, ut, quae aut certo cuidam loco assignari prorsus nequeunt, aut principiorum ratione maxime inter se sunt apta, hoc in capite prosequamur, his quidem sepositis, quae commodius alio in loco (§ 359, sqq.) tractantur.

§ 226. 1) *De causa sive de commodis rerum* (*). A) *Accessiones, quae pertinentiae dicuntur* (**).

In causis rerum maxime sunt et accessiones, quas vocant pertinentias, et fructus. Pertinentias interpretamur, quae ita ad aliam rem affectae sunt, ut, licet nec in partibus ejus propric sint, nec in fructibus, candem tamen sequantur [1]). Et mobilibus quidem rebus, ut prae caeteris dicuntur, aliae res accessio-

16) L. 5. § 15. D. *commodati* (XIII, 6.) Quem in locum vid. *J. C. Hasse* Beitr. zur Revision der bisher. Theorie der ehelichen Gütergemeinschaft (Kiel 1808. 8.) § 10. et inprimis *Ribbentrop* zur Lehre von der Correalobligation. p. 121. sqq.

§ 225.

1) [Accessionis vocabulo sensu latiore modo et fructus continentur (vid. e. g. L. 12. C. *de usuris*. IV, 32.); modo accessioni fructus opponuntur; (quod quidem non fit rubr. Tit. de usuris et fructibus et causis *et omnibus accessionibus*. Dig. XXII, 1.) — Obligationem quoque, quae alteri adjicitur, v. c. fidejussionem, juris nostri auctores accessionem appellant. L. 91. § 4. D. *de V. O.* — Vid. omnino *de Buchholtz* Versuche. Diatr. VI. — E.G.]

1a) L. 62. pr. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — L. 34. 36. D. *de usuris*. (XXII, 1.) — Cf. § 227 sqq.

2) § 20, I. *de rer. divis.* — § 29. *eod.* — Ex. vide § 22. *eod.*

3) § 26. I. *de rer. divis.* — L. 19. § 13. 20. D. *de auro, argento etc. leg.* (XXXIV, 2.) — L. 20. *eod.* — Cf. L. 29. pr. et § 1. *eod.* (« Utra autem utrius materiae sit accessio, visu atque usu rei, consuetudinis [*al.* consuetudine] patrisfamilias aestimandum est.») — L. 32. § 5. *eod.* — L. 23. § 2. 4. 5. D. *de rei vind.*

4) L. 23. § 5. D. *de rei vind.*

5) L. 1. § 20. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — L. 11. § 18. D. *de a. e. et v.* (XIX, 1.)

6) L. 17. § 1. D. *de rei vind.* — L. 20. *eod.* — Cf. *Brisson.* v. *causa* § 9.

7) *C. A. Gunther* principia jur. romani privati noviss. § 178.

§ 226.

(*) Dig. (XXII, 1.) *de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus* (*et mora*). — (Cod. Nap. 517 — 526.)

(**) *V. J. Beselin* D. theoriam generalem de pertinentiis sistens. Goett. 1782. 4. — *F. C. Gesterding* Irrthümer der Rechtsgel. Nr. X. (das System röm. Rechts von den Pertinenzien) p. 301 — 390. — *G. L. Funke* die Lehre von den Pertinenzen aus der Natur der Sache und d. röm. R. Chemnitz 1827. 8.

1) Neque vero partes rei integrantes, ut vocant,

num vice non cedunt, nisi quae ita cum ipsis junctae aut sunt aut fuerunt, ut totius rei et notio et nomen ex ista conjunctione efficiatur [2]; in moventium vero accessionibus et eae interdum habentur, quae cum illis non cohaerent et longe diversis subjiciuntur nominibus [3]. At latissime patent rerum immobilium accessiones, quarum in numero et mobiles res sunt, et immobiles, et jura praediis cohaerentia, tum etiam, quae his ipsis exercendis inserviunt [4]. Et I) *aedium* sunt 1) res mobiles, quaecunque vel insertae atque inclusae sunt aedificiis, vel alio quovis modo cum illis, juncturae tamen ratione velut perpetua nulloque interjecto spatio cohaerent [5], vel perpetui usus gratia ibi haberi solent, siquidem ipsarum aedium causa, non eorum, qui eas inhabitant, comparatae sunt [6]. Praeterea 2) et praedia vicina aediumque in usum comparata accessionibus earum adnumerantur [7]. II) Caeterorum praediorum in accessionibus e mobilibus quidem rebus plerumque eae tantum sunt, quae terra tenentur, aliove modo cum solo naturaliter cohaerent, praeter has res: et sterquilinium,

cum pertinentiis debent commisceri (not. 12.). Certe parum sibi consentanei sunt, qui, cum pertinentias ipsa vocabuli vi a principalibus rebus sejungent, tamen in substantiales, naturales et accidentales easdem dividunt. Vid. *Beselin* l. l. c. II. § 12. Caeterum, quoniam plerumque pertinentiae, sicut partes integrantes, ejus sunt, cujus est res principalis, de utrisque in jure nostro usurpari solent loquendi formulae: *aedium sunt, fundi sunt, domus portio est*, similesque. Ac fortasse quaeri poterit, num omnino juris nostri auctores certam ac distinctam pertinentiarum notionem mentibus habuerint informatam? Cf. *P.* (*uchta*) in ephemeridib. jurid. Erlangeusib. T. IX. p. 19.

2) Vid. § 225. not. 3. — L. 44. D. *de evict.* (XXI, 2.) — L. 242 pr. D. *de V. S.* (*Alex. ab Alexandro* dier. genial. I, 25.). — Quid? quod in instrumento quidem navis continetur scapha. — L. ult. D. *de instructo vel instrum. leg.* (XXXIII, 7.) — L. 100. § 3. *de leg.* III. — Atsecus esse solet eo, quo utimur jure.

3) L. 66. D. *de leg.* III. — Cf. *Gesterding* l. l. § 15.

4) L. 47 — 49. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — Omnino cf. *Funke* l. l. § 3 — 6.

5) L. 38. § 2. D. *de a. e. v.* (XXI, 1.) (« Firmus a Proculo quaesivit: si de plombeo castello fistulae sub terram missae aquam ducerent in aënum lateribus circumstructum, an hae ut juncta fixaque aedium essent? an ut ruta, caesaque aedium non essent? (Cf. *Glück* Pand. II. p. 525. not. 81. et edit. *Beck* not. m.) Ille rescripsit: referre quid acti esset. Quid ergo, si nihil de ea re neque emtor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi rebus evenire solet? nonne propius est, ut inserta et inclusa aedificio partem ejus esse existimemus? ») At « multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi, utputa vasa vinaria, torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent. » (L. 17. pr. *eod.*) Contra « Granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt; quod si supra terram sunt rutis et caesis cedunt. » (L. 18. pr. *eod.*) — L. 17. § 3. D. *de a. e. v.* (« Quae tabulae pictae pro tectorio includuntur, itemque crustae marmoreae aedium sunt. ») — L. 12. § 23. *de instr. vel instrum. leg.* (XXXIII, 7.) (« Sigilla et statuae adfixae instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt; quae vero non sunt adfixa, instrumento non continentur: supellectili enim adnumerantur »; id est; adfixae statuae domus portio sunt, non adfixae tantum abest, ut domum sequantur, ut ne instrumento quidem domus contineantur.) Neque obstat nostrae sententiae L. 245. pr. D. *de V. S.* (« Statuae *adfixae basibus structilibus*, aut tabulae *religatae catenis*, aut *erga parietem adfixae*, aut si similiter cohaerent lychni, non sunt aedium: ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur. ») Non enim est, cur miremur, ab ipsis aedibus separari ea, quae vel basibus superposita, vel leviter tantum adfixa sint, quemadmodum ornandae domus causa fieri adsolet; quippe quae similiter in rutis et caesis habentur (*Cic.* Top. c. 26. in f.), quam ea, quae aedium causa comparata, necdum adhibita sunt: L. 17. § 5. 10. L. 18. § 1. D. *de a. e. v.* Nec igitur necesse est, ut aut cum *Gesterdingio* (§ 9. p. 349.) statuamus, id egisse JCtum, ut a rebus integrantibus sejungeret pertinentias, aut cum *Funkio* (p. 75. 76.), de his tantum cogitasse Pomponium: nam neutri earum rerum generi adnumeranda, quae vel leviter adfixa, vel basibus superposita sunt. — At utique nobiscum dissentit *Funkius*, juncturam per se quidem solam indicium esse pertinentiae omnino negans (§ 9 — 13.); alioquin recte observans, quae ita fixa vinctaque essent aedibus, ut eorum dissolutione deformarentur aedes, ea ne dominorum quidem voluntate dirui penitusque separari potuisse (L. 41. § 1 sqq. D. *de leg.* I. Cf. *Greg. Majansii* D. de Scto Aciliano, in *Ej.* disput. jur. Nr. XXIV.) Igitur quod ad hanc causam attinet, nullum jure Romano intererat discrimen inter res integrantes et pertinentes.

6) L. 13. § 31. L. 15. L. 17. pr. § 7. et 8. D. *de a. e. v.* (§ 7.: « Labeo generaliter scribit: ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii: utputa fistulae temporis quidem causa positae. non sunt aedium, verumtamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt. ») — L. 40. § 6. D. *de contr. emt.* — L. 12. § 24. D. *de instr. v. instrum. leg.* L. 245. § 1. D. *de V. S.*

7) L. 91. § 5. D. *de leg.* III. — L. 31. D. *eod.* (« Si cui aedes legatae sint, is omne habebit id aedificium, quod solum [*al.* quod supra solum] earum aedium erit. Paulus: hoc tunc demum falsum est, cum dominus aedium binarum aliquod conclave, quod supra concamerationem alterarum aedium esset, in usum alterarum convertit, atque ita his

quod quidem stercorandi agri causa paratum est; et stramenta, et ea, quae ex agris vineisque hac mente exemta sunt, ut iterum collocentur, denique instrumenta, quae servitutum exercendarum causa in fundis baberi solent [8]). Sed et agri, et pascua, et salicta aliaque ex hoc genere cedent fundo, dummodo ei vicina sint ejusque in usum parata [9]). — Caeterum res immobiles in aedium fundorumque accessionibus esse, conclusionibus saepissime probandum erit, quae quidem ex his potissimum rebus colliguntur: quod simul unoque pretio utrumque praedium comparatum, unave appellatione haberi solitum sit, quod utriusque reditus, tum quae ad utrumque spectant accepta et expensa in eosdem rationum codices relata sint, et quae eorum sunt similia [10]). Omnino autem, cum res aliqua propterea tantum, quod cum alia cohaereat, in pertinentium censu habetur, consequens est, ut, conjunctione ista sublata, tollatur etiam rei accessoriae conditio, nisi si duntaxat ad tempus facta sit disjunctio [11]). Jam vero de barum rerum usu quaerentibus boc inprimis notandum est, scilicet rei alicujus ad alium facta translatione, rerum quoque ad illam pertinentium, nisi vel omnes vel quaedam ex his receptae sint, simul quaeri dominium [12]); contra vero et instrumentum fundi, et ea, quae, ut instructior sit paterfamilias, ibi haberi soleant, fundi appellatione non contineri, nisi de his ipsis quoque transferendis nominatim cautum sit [13]).

§ 227. B) *Fructus* 1) *inprimis rerum frugiferarum.*

Omne commodum, quodcunque ex rei alicujus usu percipi potest, generali appellatione dicitur fructus [1]). At proprie quidem fructus sunt, quae ex re aliqua nascuntur proveniuntque (§ 225. nr. 1.), scil. bis nonnumquam exceptis, quae ex vulgari loquendi usu inter fructus non computantur, qualis est ancillae partus [2]). Fructus autem in naturales et civiles a recentioribus dividi solent. Ad illos referuntur, qui vere nascuntur [3]), qui quidem prae caeteris fructuum nomine appellantur [4]), ad hos vero, qui jure tantum percipiuntur fructuumque vicem obtinent [5]). Et naturalium quidem item duae species sunt: una eorum, qui solo naturae beneficio proveniunt; altera eorum, qui et natura

usus fuerit: namque eo modo alteris aedibus id accedet, alteris decedet.»)— L. 52. § 3. D. *de a. e. v.*

8) L. 17. pr. § 2. et 11. D. *de a. e. v.* — L. 47 — 49. D. *de contr. emt.*

9) L. 20. § 7. *de instr. v. instrum. leg.* — Cf. L. 27. § 5. *eod.*

10) L. 91. § 3. et 6. D. *de leg.* III. — L. 20. § 7. in f. D. *de instr. v. instrum. leg.*—Cf. *Sam. Stryk* D. de probatione pertinentiarum. Frcf. 1688. 4.

11) L. 17. § 11. L. 18. § 1. D. *de a. e. v.*

12) L. 17. § 2. L. 52. § 3. D. *de a. e. v.*—L. 12. § 25. D. *de instr. v. instrum. leg.* — Quodsi pertinentiae excipiuntur, tamen integrantes res omnino omnes domino cedunt. — [Nec praetereundum hic, quod jure Romano constitutum est, ea, quae aedificiis juncta fuerint, separatim alienari non posse. L. 41. § 1 sqq. D. *de legatis* I. — *Greg. Majansius* D. de SCto Aelliano in *ej.* disputat. juris. Nr. XXIV. — *Funke* l. l. — E. G.]

13) L. 2. § 1. D. *de instr. vel instrum. leg.* — L. 14. D. *de supell. leg.* (XXX, 10.) — Cf. L. 5. et L. 12. § 15 — 28. D. *de instr. v. instrum. leg.*, et vid. § 221. not. 3. — L. 8. D. *eod.*

§ 227.

1) L. 4. § 2. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 19. § 1. L. 49. D. *h. t.* («Fructus rei est, vel pignori dare licere.») — L. 72. D. *de reg. jur.*

2) L. 68. pr. D. *de usufr.* (VII, 1.) —L. 28. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.) — (Cf. *Thibaut* civ. Abh. p. 33. 36. et infra § 246. not. 3.) — L. 17. § 1. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — Cf. § 225. not. 6.)

3) L. 77. D. *de V. S.*

4) L. 121. D. *de V. S.*—Cf. *Noodt* de foen. et usur. Lib. I. c. 9. (Opp. T. I. p. 167.) et Lib. III. c. 6. (ib. p. 212.).—Cf. *Glück* Pand. Bd. XXI. p. 33. 36.

5) L. 62. pr. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 29. D. *de H. P.* (V, 3.) — L. 36. D. *h. t.* — L. 34. D. *h. t.* (« Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari. ») Cf. *Festus* v. *fenus* (in *Gothofr.* auct. lat. linguae p. 288.).

adjuvante et hominum cura atque industria accedente nascuntur [8]), quibus etiam industrialium nomen inditum est. Atque utriusque hujus generis fructus alii pendentes sive stantes dicuntur, qui quidem terra adhuc continentur, alii separati, qui contineri desierunt [7]), a quibus etiam disjunguntur tum qui vere percepti sunt, tum qui percipi honeste potuerunt fructus [8]); vocant percipiendos. Praeterea et separatorum perceptorumque fructuum in exstantes, consumtos et deperditos fieri solet divisio [9]).

§ 228.

Quarum quidem omnium distinctionum usus cum ad dominii acquirendi rationem [10]), tum ad fructuum restituendorum causam pertinet. Quamvis vero de utraque hac re in singulis juris materiis accuratius erit dicendum, tamen et de causa, et de fructibus restituendis hoc jam in loco quaedam percipere haud inconveniens esse videtur [11]). Igitur 1) in rerum hereditatumque petitionibus malae quidem fidei possessor omnes utique fructus omnemque causam restituat necesse est, is vero, qui bona fide res possidet, non nisi eos, qui vel adhuc exstant, vel post litem contestatam percepti sunt honesteque percipi potuerunt [12]); atque ex iisdem rationibus *causae* quoque restitutio aestimanda erit [13]). 2) Quodsi personalibus actionibus, tum etiam in rem scriptis, ut res aliqua nobis *restituatur* petimus, sive dominium ejus amiserimus, sive non, et causa omnis et fructus restituendi sunt, hoc pacto, ut non modo omnes, quoscunque perceperit, fructus restituat possessor, sed etiam percipiendos, scilicet post litis contestationem [14]), in iis quidem causis, ubi non ex delicto nascitur possessio [15]). 3) Sin actionem habemus ad id consequendum, quod nostrum nec est nec umquam fuit, in strictis quidem judiciis post litem contestatam omnium omnino fructuum una cum causa restitutio facienda est; ex eo vero tempore, quod litis contestationem praecessit, nec causa nec fructus debentur [16]), nisi in stipulatum deducta fuerint [17]). In bonae fidei judiciis plerumque causa non nisi post moram praestanda est [18]), in caeteris vero, etiamsi mora non interveniat, praestari debet [19]). Atque in iis quidem judiciis, quae bonae fidei sunt, non solum in eum diem, quo sententia dicitur, verum etiam intra judicati legitimum tempus (§ 153. not. 18.) fructus debentur, nisi si forte post ipsam demum rem judicatam mora intercedat; id quod raro eveniat (vid. not. seq.). Contra

6) L. 45. D. *h. t.* — L. 31. D. *de V. S.* — L. 48. pr. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — Cf. *Vinnius* ad § 35. I. *de rer. divis.* nr. 1.

7) L. 27. pr. D. *de usufr.* (VII, 1.) — L. 48. pr. D. *de a. r. d.* — L. 26. § 1. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 44. L. 78. D. *de R. V.*

8) a) L. 78. D. *de R. V.* — L. 12. § 5. D. *de usufr.* — L. 13. in f. D. *quib. mod. usufr. am.* (VII, 4.) — L. 48. pr. D. *de a. r. d.* — b) L. 33. D. *de R. V.*

9) L. 22. C. *de R. V.* (III, 32.) — L. 22. § 2. D. *de pignor. act.* (XIII, 7.)

§ 228.

10) V. L. 27. pr. D. *de usufr.* (VII, 1.) — L. 13. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (VII, 4.) — L. 25. § 1. 2. D. *h. t.* — L. 26. § 1. L. 61. § 8. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — Cf. infra § 253.

11) Cf. supra § 144. not. 14.

12) § 2. I. *de officio jud.* (vid. *a Costa* et *Marcilius* ad h. l.) — L. 22. C. *de R. V.* (III, 32.) — L. 62. § 1. D. *de R. V.* (VI, 1.)

13) L. 17. § 1. L. 18. L. 20. D. *de R. V.* — L. 35. D. *de V. S.*

14) L. 38. pr. § 1. 2. 3. 12. 13. D. *h. t.* — L. 38. § 10. D. *eod.* — L. 38. § 5. 11. *eod.* — L. 38. § 4. 6. *eod.* — L. 25. § 8. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.)

15) Nam vid. L. 12. pr. D. *quod. met. causa* (IV, 2.)

16) L. 31. pr. D. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 2. D. *h. t.* (v. Schol. Basil. n. T. III. p. 395. 396.) — L. 3. § 1. L. 38. § 7. *eod.* — L. 91. § 7. D. *de leg.* I. — L. 78. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

17) L. 4. pr. et § 1. D. *h. t.* — Quem in loc. vid. Basilic. Schol. T. III. p. 404. 405.

18) L. 8. L. 14. pr. L. 30. D. *h. t.*

19) L. 38. § 8. 9. 15. D. *h. t.*

vero in strictis judiciis reus a dependendis fructibus post rem judicatam utique immunis est[20]). — Caeterum superiores illae distinctiones, quoad per rerum naturam fieri potuit, etiam ad civiles fructus, qui quidem ex re frugifera percipiuntur, translatae sunt, hoc pacto, 1) ut ex eo tempore, quo re aliqua uti, fructusve percipere cuique licuerit, id etiam, quantum pecuniae ipsi heredibusve ejus debeatur, aestimandum sit[21]), tum vero 2) quid quantumve restituendum sit actori, ex iisdem fere legibus judicetur, quibus naturalium fructuum restituendorum officium regitur[22]).

229. 2) *Fungibilium rerum fructus s. usurae.* (*) a) *Earum et notio et constituendarum tollendarumque causae.*

Usura est sortis[1]) accessio, quae pro fungibilium rerum (§ 220.) usu, aut concesso aut impedito, rependenda est[2]). Quae quidem in eodem rerum genere, quales debentur, plerumque praestandae sunt; potest tamen pacto conveniri, tum, ut ex alio etiam genere solvantur, tum, ut creditor debitoris re in vicem usurarum utatur[3]), praeterquam in fructibus mutuo datis[4]). Jam vero usurarum solvendarum officium ex his maxime pendet: ut debitum appareat[5]) ejusmodi, in quod usuraria obligatio cadere potest, tum etiam hujus ipsius obligationis peculiaris adsit causa, quam leges aut comprobarunt, aut constituerunt. Usurarum vero causas bifariam dividunt juris nostri auctores: aut enim in obligatione sunt usurae, aut ex officio judicis proficiscuntur[6]). In obligatione sunt eae, quae vel ex testamento debentur[7]), vel ex conventione, ad quas quidem *foenoris* nomen referri solet[8]), vel ex pollicitatione[9]). Quemadmo-

20) L. 3. pr. et § 1. D. *h. t.* (« In fideicommissi persecutione, cum post judicis sententiam moram fecisset heres, jussit Imp. M. Antoninus, intermisso legitimo tempore, quod condemnatis praestatur, ut usque ad sententiam commoda fideicommissarius acciperat. Quod decretum ita accipi oportet, si ante judicis sententiam mora non intervenit; *tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad judicem: sed puta legis Falcidiae rationem intervenisse.* Caeterum, si, antequam ad judicem perveniretur, in mora heres fuit, exinde fructuum praestandorum necessitate adstrictus, qua tandem ratione, quoniam et sententia victus est, legitimi temporis spatio fructibus liberabitur, cum ea temporis intercapedo judicatis dilationem dare, non lucrum adferre debeat? § 1. In his quoque judiciis, quae non sunt arbitraria, nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur: certe post rem judicatam tempus a fructibus dependendis immune est. » — In his itaque judiciis causae ac fructuum restituendorum loco, nisi de iis jam in contrahendis obligationibus cautum fuerit, in ipso litis exordio certae pecuniae sponsiones factas esse existimaverim; arg. *Cic.* or. pro Rosc. c. 4. 5. et *Gaji* inst. IV. § 167. et § 171. — Caeter cf. Schultor. ad Basilic. auct. T. III. p. 346—430. (quos inter ipsos de horum locor. interpretatione jam fuit dissensio), *Cujacius* (in Papiniano ad h. l.) et qui eum secutus est *Os. Aurelius* (de variantib. *Cujacii* interpretationib. Dispunct. 32. — in *Ottonis* thesaur. T. III. p. 773 sqq.).

21) L. 26. L. 58. pr. D. *de usufr.* (VII, 1.) — (Cf. L. 58. § 2. 3. 6. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.)

22) L. 19. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. 62. L. 64. D. *de R. V.* — Cf. L. 20. § 14. D. *de her. pet.* (V, 3.)

§ 229.

(*) Dig. (XXII, 1.) et Cod. (IV, 32.) *de usuris.* — *Cl. Salmasius* de usuris liber. Lugd. Bat. 1639. 8. — *G. Noodt* de foenore et usuris libri tres (opp. T. I. p. 151—232.)

1) L. 40. D. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 24. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — L. 12. C. *h. t.*

2) L. 12. L. 23. C. *h. t.* — L. 3. § 4. D. *h. t.* — L. 8. C. *si certum petatur.* (IV, 2.) — L. 17. § ult. D. *h. t.* — *Noodt* l. l. Lib. I. c. 1. (p. 154. 155.). — *Pothier* Pand. Justin. h. t. Nr. XXIV. T. I. p. 622.

3) L. 16. C. *h. t.* — L. 11. § 1. D. *de pignor.* (XX, 1.) — L. 14. C. *h. t.* — Cf. *Noodt* Lib. I. c. 2. in f.

4) L. 23. C. *h. t.*

5) Caeteroquin vid. L. 6. § 1. D. *h. t.* (cf. not. 12.).

6) L. 49. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 54. pr. D. *loc.* (XIX, 2.) — L. 58. pr. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI, 1.) — Aliter quidem *Weberus* (über die rechtl. Gründe d. Verbindl., Zinsen zu bezahlen, in den Vers. über d. Civilr. Nr. III.) et post hunc plerique recentiorum hanc rem explicare conati sunt. At Romanorum definitio, ut est simplicissima, omnesque usurarum causas complectens, ita eas usurarum species, quae et libero hominum arbitrio constituuntur et separatis actionibus plerumque peti possunt, accuratissime ab iis disjungit, quarum longe diversa est ratio ac vis (cf. § 231. nr. I).

7) L. 3. § 6. D. *de annuis leg.* (XXXIII, 1.)

8) L. 33. D. *de R. C.* (XII, 1.) — L. 58. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — Cf. *Salmasius* de usur. c. 2. 4. 7. et *Noodt* Lib. I. c. 2. init. et c. 5.

9) L. 10. D. *de pollicit.* (L. 12.)

dum autem ex conventione usurae non praestantur, nisi quae conventionis lege certo modo definitae sunt [10]: ita plerumque peti non possunt, quae nec in stipulationem deductae, nec pactis bonae fidei contractibus statim adjectis constitutae sunt [11]); verumtamen ex nudo pacto naturaliter debentur usurae, ut pignoribus intervenientibus doli exceptione retineantur, et solutae repeti nequeant [12]). Quid? quod ex frequenti ac diuturna usurarum praestatione inducitur praesumtio obligationis de usuris solvendis legitime contractae [13]). Judicis officio usurae reddendae sunt tum ex mora, scilicet in bonae fidei judiciis [14]), iisque, quae ex testamento oriuntur [15]), tum in vacuae possessionis, emtori citra pretii solutionem traditae, pensationem [16]), tum ex personae privilegio [17]), tum ex eo, quod quis pecuniam vel alienam vel communem, in suos usus convertit [18]), denique non modo usurae ex aliena pecunia perceptae, verum etiam quae commode percipi poterant, ab alienorum negotiorum vicario praestandae sunt [19]); contra vero dominus administratori necesse habet rependere usuras, quas quidem ille ex sua pecunia, in aliena negotia impensa, percipere potuit [20]). Tollitur vero usurarum obligatio, cum exstincto debito principali [21]), tum caeteris modis, quibus aut ipso jure aut per exceptionem obligationes perimuntur [22]), denique quibusdam ex causis hujusce obligationis tollendae propriis, de quibus infra dicetur seorsim [23]).

10) L. 31. L. 41. § 2. D. *h. t.* (Nam L. 1. pr. D. *h. t.* ad id genus usurarum, quae officio judicis debentur, referenda est.) — Exc. est in Nov. 136. c. 5. — Cf. *Noodt* Lib. III. c. 5.

11) *Paulli* sent. rec. Lib. II. Tit. 14. § 1. — L. 1. L. 3. L. 7. C. *h. t.* — L. 24. in f. D. *depos.* (XVI, 3.) — L. 17. § 4. D. *h. t.* — L. 5. C. *de pact. int. emt. et vend.* (IV, 54.) — Exc. vid. L. 30. et 43. D. *h. t.* — L. 7. D. *de naut. foen.* (XXXII, 2.) — L. 12. C. *h. t.* — Nov. 136. c. 4. — L. 10. D. *de pollicitat.* (L. 12.)

12) L. 4. L. 22. C. *h. t.* — L. 3. C. *eod.* Qua de re plura eo in loco dicentur, qui est de indebiti solutione.

13) L. 6. pr. D. *h. t.* («Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur, et usurarum quaestio moveretur, Imp. Antoninus ideo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset.») Aliter hunc locum post *Duarenum* (comment. ad Tit. de usur. c. 2. Opp. p. 998. B.) interpretatus est *Noodt* Lib. III. c. 1. — Cf. et *Gesterding* Irrthümer etc. Nr. 1. — *Guil. Muller* civilist. Abhandl. (Giessen 1833.) nr. VI. p. 252 sqq. — L. 7. C. *h. t.*

14) L. 32. § 2. D. *h. t.* — L. 37. *eod.* — L. 60. D. *pro socio* (XVII, 2.) — (Cf. *Noodt* Lib. I. c. 5. et lib. III. c. 6.) — L. 22. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — Exc. vid. L. 1. D. *de pollic.* (coll. cum L. 16. pr. D. *h. t.*). — Caeter. vid. *Noodt* Lib. III. c. 7.

15) *Paulli* sent. rec. Lib. III. Tit. 8. § 4. — L. 34. D. *h. t.* — (Cf. *Gaji* inst. II. § 280. et *Noodt* Lib. III. c. 7.

16) L. 13. § 20. 21. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 5. C. *eod.* (IV, 49.) — (Cf. *Weber* l. l. § 7.) — Contraria vero ratione in restitutoriis judiciis pro fructuum restitutione etiam pretii soluti usurae emtori rependendae sunt. — L. 29. § 2. D. *de aedil. edict.* (XXI, 1.) — L. 27. § 1. L. 40. § 1. D. *de minor.* (IV, 4.)

17) L. 43. *h. t.* — L. 87. D. *de leg.* II. — L. 3. C. *in quib. caus. in int. rest. nec. n. est* (II, 41.) — (*Noodt* Lib. III. c. 10. in f.)

18) L. 28. in. f. D. *depositi.* (XVI, 3.) — L. 10. § 3. D. *mandati* (XVII, 1.) — L. 1. § 1. D. *h. t.* — L. 7. § 4. 10. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — L. 17. § 7. D. *h. t.* — Cf. L. 38. D. *de neg. gest.* (III, 5.)

19) L. 19. § 4. D. *de neg. gest.* — L. 28. D. *depos.* — L. 10. § 3. D. *mand.* — L. 7. § 11. 12. D. *de adm. et per. tut.*

20) L. 19. § 4. in f. D. *de neg. gest.* — L. 9. § 12. D. *mand.* — L. 67. § 2. *pro soc.* — L. 3. § 1. et 4. D. *de contr. tut. act.* (XXVII, 4.)

21) L. 178. D. *de reg. jur.* — L. 7. D. L. 6. L. 19. C. *h. t.* — L. 18. D. *de novat.* (XLVI, 2.) — L. 26. pr. C. *h. t.* (cf. § 231.).

22) L. 17. § 1. D. *h. t.* — Cf. *Noodt* Lib. III. c. 16. in f. — L. 54. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — Eadem ratione creditor, per plures annos minores usuras simpliciter accipiendo, majores, quae quidem debebantur, remisisse videtur. — L. 13. pr. D. *h. t.* (« Qui semisses usuras promiserat, per multos annos minores praestitit; heres creditoris semisses petit, quum per debitorem non steterit, quo minus minores solveret. Quaero: an exceptio doli vel pacti obstet? Respondi: si in exsolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea, quae proponerentur obstare exceptionem.» — Plerique interpretum in versiculo: « quo minus minores solveret», pro *minores* reponendum esse putant: *majores.* — Cui quidem emendationi et Basilicorum auctores, si non verbis, at certe sensu, suffragari videntur, T. III. p. 378. — et *Stephani* ad eundem locum Schol. 1. — ib. p. 421. At idem ille Scholiastes et aliam proposuit interpretationem, qua lectio usitata egregie defendi posse videtur. Eam sic latine vertit *Fabrotus*: «Vel etiam dicas, nisi in solvendis ex consuetudine usuris moram fecerit, i. e. *nisi in minoribus quoque, quas praestabat, moram fecerit.*») — L. 5. *eod.* — Cf L. 8. C. et L. 17. pr. D. *eod.* — *P. L. Kritz* civilrechtl. Abhandl. (Leipz. 1824.) Nr. 3. p. 60 sqq.

23) L. 26. § 1. D. *de cond. ind.* (§ seq. not. 12.) — L. 4. C. *depositi* IV, 34. (§ 231.)

§ 230. b) *Usurarum modus* (*).

Quae vero ratio effecit, ut nonnumquam legislatores foenus, tamquam negotium exsecrandum omnique odio dignum prorsus improbarent [1]), eadem fuit causa, certum modum definiendi usuris, scilicet ne locupletium avaritia ac libidine aere alieno obruerentur pauperes. Romae igitur subinde certi usuris percipiendis fines terminique constituti sunt, quos quidem egredi, nisi in nautico foenore [2]), nemini licuit. Nam primo duodecim tabulis sancitum, ne quis unciario foenore amplius exerceret [3]), deinde rogatione tribunicia ad semuncias redacta, postremo vetita est versura [4]), donec obtinuit, ut centesimis usuris foenerare liceret [5]), quae etiam maximae, legitimae, gravissimae usurae appellatae sunt [6]), contrariis oppositis nominibus modicarum, modestarum, civilium, minimarum [7]). Tandem Justinianus [8]), infinitas usuras (not. 2.) penitus tollens, centesimas vero in certis tantum causis retinens, pro varia hominum conditione varium usurarum modum statuit, hoc modo, ut illustribus quidem personis trientes, negotiationem licitam exercentibus besses, reliquis omnibus semisses usuras concederet; haec simul caute praecipiens: ut ne quis creditor ex pecuniis foenori dandis aliquid detraheret, vel retineret siliquarum nomine, vel sportularum, vel alterius cujuscunque causae gratia, neve sub aliorum negotiorum imagine, nec per interpositas personas, majores usurae dissimularentur [9]). Jam vero olim placuerat, tum, ut usurac non amplius currerent, simulac *solvendarum* cumulus sortem aequarct [10]), tum vero, ut ne usurarum usurae,

§ 230.

(*) *Cf. Salmasius* de modo usurarum liber. Lugd. Batav. 1639. 8. — *Jul. Müller* ratio et historia odii, quo foenus habitum est. Gotlingae 1821. 4.

1) Exod. c. 22. v. 25. — Deuteron. c. 23. v. 19. 20. (*Noodt* Lib. I. c. 10.) — *Tacit.* annal. VI, 16. — c. 7. C. XIV, qu. 4. e. 2 — 7. 9. 10. 13. 18. 19. X. *in usuris.* (V, 19.) — c. 1. 2. *de usur.* in VI. (V. 5) — De ea vero quaestione, an omnino improbandae sint usurae inprimis vid. *Ulr. Huber* Eunomia rom. ad Lib. XXII. Pand. vind. p. 755—761. — *Noodt* Lib. I. e. 4 — 9. — *Hugo* über Wucher u. Wuchergesetze (civ. Magaz. Bd. II. Nr. VI.). — *Müller* l. l. p. 3—9. — *Bentham* Défense de l'usure traduit de l'anglais par *Turgot.* Paris. 1828.

2) *Paulli* sent. rec. II. Tit 14. § 3. « Trajectitia pecunia, propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest. »

3) De nenrarum apud veteres Romanos appellandarum ratione vid. *Salmasius* de modo usurarum c. 0 sqq. et *Noodt* Lib. II. c. 2. — De unciario vero foenore inprimis cf. *Niebuhr* röm. Gesch. II. p. 431—439. et *Schrader* in *Hugonis* civ. Mag. V. p. 180—184.

4) *Taciti* annal. VI, 16. — Cf. *Liv.* Lib. VII. c. 16. 27. 42.

5) L. 38. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 7. § 4. 8. 10. — L. 54. D. *de administ. et per. tut.* (XXVI, 7.)

6) *Noodt* Lib. II. c. 3.

7) L. 26. § 1. C. *h. t.* — L. 27. pr. *eod.* — *Noodt* Lib. II. c. 14.

8) L. 26. § 1. C. *h. t.* (« In trajectitiis autem contractibus vel *specierum foenori dationibus*, usque ad centesimam tantummodo stipulari, et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent. Nec liceat judici, memoratam augere taxationem, occasione consuetudinis in regione obtinentis. ») De speciebus, i. e. frugibus, foenori datis vid. *Noodt* Lib. II. c. 8. (Vid. et L. 17. C. *h. t.*) — L. 4. C. *de aedific. privat.* (VIII, 10.) — L. 2. et 3. C. *de usur. rei jud.* (VIII, 54.) — Cf. *Gluck* Pand. XXI. p. 86 — 03. Sunt tamen, qui etiam aliis in causis, quam quae hisce legibus commemorantur, condemnationem in majores usuras fieri posse arbitrentur, velut *Weberus* l. l. § 6. — Sed vid. *Noodt* Lib. II. e. 14. p. m. 202. Col. B. et p. 203. Col. A., eundemque vid. de quaestione: an et antichresis a legitimo usurarum modo excipiatur? Lib. II. c. 9. — Caeterum postea Imperator et agricolarum in commodum, pecuniam mutuo accipientium, magis etiam contraxit usurarum modum: Nov. 32.

9) De patrii juris hanc in rem decretis (Ord. Pol. de 1577. Tit. 17. § 9. et Tit. 20. § 6. Reichs-dep.-Absch. de 1600. § 139. et Rec. imp. noviss. § 174.) vid. *G. Hufeland:* Ist es durch die Reichsgesetze allgemein verboten, höhere Zinsen als fünf vom Hundert zu nehmen? (Beitr. z. Bericht. u. Erweiterung d. posit. Rechtsw. St. I. Nr. II.). — *Hugo* civ. Mag. Nr. VII. — *Gluck* Pand. Bd. XXI. p. 95—103. p. 140—147. — *Seuffert* Erörter. einzelner Lehren des röm. Privatrechts I. Nr. XVIII. p. 138 sqq.

10) L. 26. § 1. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. 9. pr. D. *h. t.* — L. 10. C. *h. t.* « Usurae per tempora solutae non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usu-

quem anatocismum veteres vocarunt [11]), exigi possent [12]). At nihil tamen impedit, quo minus usurae peti possint usurarum, quae sortis nomen et naturam absque creditoris fraude induerunt, id quod fit cum usuras acceptas eidem debitori bona fide foenori reddendo [13]), tum vero maxime mutatis personis, et debitoris [14]) et creditoris [15]). Quodsi quis igitur usuris abutitur [16]), non modo nihil egit [17]), verum etiam poena peculiari erit adficiendus [18]).

§ 231. C) *De subsidiis ad causam rei consequendam comparatis.*

Causa rei alias peculiaribus peti potest actionibus, alias una cum actione principali in judicium deducenda est, ab eaque tota pendet. Et 1) usurae quidem, quatenus in obligatione sunt (§ 229, not. 6.), separatis actionibus peti possunt, ideoque debiti principalis exstinctione praeteriti quidem temporis usurae non perimuntur [1]), nisi quod ex singulari quadam Justiniani constitutione, principali actione triginta vel quadraginta annorum praescriptione submota, etiam praeteriti temporis usurae tolluntur [2]); contra vero usurarum, quae ex officio judicis proficiscuntur, petitio omnis tollitur, simulac principalis obligatio peremta est [3]), quapropter et earum, quas judex sententia sua omisit, si eam ob causam provocationem non interposuit actor, minime fieri debet retractatio [4]). Atque similiter, 2) cum de fructibus restituendis quaeritur, hi quidem, quorum restitutio a litis contestatione pendet, ut judicis officio debentur, ita, si condemnatione omissi sunt, peti amplius nequeunt; reliqui vero omnes, quamvis etiam generali, i. e. principali, actione [5]) in judicium et certamen venient, scilicet actore id postulante, tamen, cum, velut in obligatione sint, specialibus quoque actionibus utique peti poterunt [6]), nisi si temporis praescriptione sublata sit principalis actio [7]).

rae non exiguntur, quoties tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem.» — (Postea quidem Justinianus, ut etiam per intervalla factae solutionis in duplum computandae sint, ideotidem praecepit: L. 29. 30. C. *h. t.* — Nov. 121. c. 2. et Nov. 138.; quae tamen leges in glossatarum numero non sunt. — Cf. *Glück* Pand. XXI. p. 107.) — L. 27. § 1. C. *h. t.* — Cf. *Noodt* L. III. c. 17.) — Caeterum de regulae illius, scilicet ne ultra alterum tantum usurae crescant, et usu forensi et exceptionibus, quas quidem vulgo statuunt, vid. *Thibaut* Pand. I. § 284. nec non *Glück* Pand. I. l. p. 107—115.

11) *Cic.* epist. ad Att. Lib. V. ep. 21. p. med.

12) L. 26. § 1. D. *de cond. indeb.* — L. 27. D. *de re jud.* — (XLII, 1.) — L. 3. C. *de usur. rei jud.* — L. 28. C. *h. t.* — *Noodt.* Lib. II. c. 11. — De usuris restituendorum fructuum vid. L. 15. D. *h. t.* coll. cum L. 51. § 1. D. *de her. pet.* (V, 3.) et eund. *Noodt* Lib. II. c. 12.

13) *Glück* l. c. p. 123.

14) L. 10. § 3. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 7. § 12. L. 58. § 1. 4. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.)

15) L. 12. § 9. in f. D. *mandati.* — L. 37. D. *h. t.*

16) *Leyser* de usuraria pravitate (med. ad Pand. Sp. 246.) — Cf. et *Noodt* Lib. II. c. 13. et *Roeder* civil. Abhandl. (Giessen 1833.) Nr. IV.

17) L. 29. D. *h. t.* — L. 26. pr. et § 1. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. 29. D. *h. t.* — Cujus rei ratio in inferiori hujus doctrinae parte (Lib. III. tit. *de indebiti cond.* et *de solut.*) accuratius exponetur. Interim vid. *A. D. Weber* comment. de usuris indebite solutis earumque tam repetitione, quam in sortem imputatione. (Vers üb. d. Civilr. Nr. IV.)

18) L. 2. C. Th. *de usur.* (II, 33.) Cf. *J. Gothofredum* in comment ad h. l. et *Noodt* Lib. II. c. 13. in f.) — L. 20. C. *ex quib. caus. infam. irrog.* (II, 22.) — c. 3. X. *de usur.* — c. 2 *de usur.* in VI. — Ord. Pol. de 1577. Tit. 17. § 8. (« allen Richtern gebietend, wann solche wucherliche Contract für sie bracht, dass sie dieselben unwürdig, kraftlos und unbündig erkennen — : Zudem, dass derjenig, so solche wucherliche Contract — üben würde, den vierdten Theil an seiner Haupt-Summa verlohren, und derselbig halb seiner bürgerlichen Obrigkeit, zum andern Theil aber der Obrigkeit, darunter der arme Mann—heimgefallen seyn soll. ») — *J. C. Quistorp* von den Strafen der Wucherer nach ältern und neuern Gesetzen (in den Beitr. z. Erläuter. verschiedener Rechtsmater. etc. St. II. Rost. 1778. Nr. IX.).

§ 231.

1) L. 75. § 9. D. *de V. O.* — Vid. et not. 4.

2) L. 26. pr. C. *h. t.*

3) L. 49. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX. 1.)

4) L. 1. C. *de jud.* (III, 1.) — L. 13. C. *h. t.* — L. 4. C. *depositi.* (IV, 34.)

5) L. 38. pr. D. *de usuris.* (« Videamus, *generali* quando in actione, quae est in personam, etiam fructus veniant. ») — Male *Haloander*, verum hujus vocabuli sensum non assecutus, pro *generali* legendum putat *generatim.*

6) L. 22. § 2. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — L. 25. § 8. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — L. 13. D. *h. t.* — L. 51. § 4. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — L. 3. C. *de cond. ex lege.* (IV, 9.)

7) L. 26. pr. C. *h. t.*

Neque vero dubitandum est, quin aliarum accessionum restitutio iisdem regulis expendenda sit, quoniam et persimilis earum est ratio, et plerumque eas juris nostri auctores, de causa rei restituenda expposituri, una cum fructibus comprehendere solent [8]), iisdemque utrobique principiis et propemodum verbis in singulis quaestionibus dijudicandis utuntur [9]).

§ 232. II) *De incommodis.— Onera atque impensae.*

Cum natura aequum sit, ut rerum juriumque incommoda ad eum pertineant, penes quem sunt commoda [1]), sequitur, ut is, ad quem jus aliquod spectat, et onera illi adhaerentia subire, et impensas, vel propter rem vel in rem [2]) ab ejus possessore factas, rependere necesse habeat. Et *onera* quidem, quatenus tamquam rerum juriumque accessoria consideranda sunt, maxime in jure nostro tum ad hereditarias causas referuntur, ut aeris alieni exsolvendi legatorumque praestandorum onus [3]), tum vero ad rerum dominia, velut tributorum censuumque solvendorum, servitutum perferendarum, pignorum luendorum onus [4]), quo quidem pertinet tritissimum illud proverbium : Res transit cum suo onere. *Impensae* aut fructuum quaerendorum, cogendorum, conservandorumque gratia fiunt, haeque ab eo, ad quem fructus pertinent, vel suscipiendae vel reddendae sunt [5]), vel ipsius rei causa erogantur; quarum tres sunt species : necessariae, utiles, voluptuosae, seu voluptariae. Necessariae dicuntur, quibus non factis res aut peritura aut deterior futura est, velut si quis aedes refecerit, arbores in demortuarum locum reposuerit, horrea necessaria aedificaverit, ex stipulatione damni infecti, ne committatur, praestiterit, in valetudinem servorum aliquid impenderit, et quae eorum sunt similia ; utiles sunt impensae, quae meliorem rem aut fructuosiorem faciunt; voluptuosae, quae, ut amoenior efficiatur res atque exornatior, erogantur [6]). Atque necessariae impensae omnimodo restituendae sunt [7]), itemque utiles plerumque dominus refundat necesse est, praeterquam ei, qui mala fide rem tenet [8]); contra vero voluptuosarum servandarum causa nulla comparata sunt remedia ei, qui eas impendit, nisi quod jus auferendarum illarum habet, scilicet quatenus sine rei principalis injuria fieri id potest [9]). Quemadmodum autem horum praeceptorum usus pro varia et homi-

8) L. 7. § 1. L. 12. D. *de cond. causa data c. non sec.* (XII, 4.) — L. 15. pr. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. 31. § 4. D. *sol. matrim.* — L. 91. § 7. D. *de leg.* I. — L. 25. § 8. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — Cf. L. 3. C. *de fruct. et lit. exp.* (VII, 51.)

9) L. 25. § 8. D. *de aedil. ed.* — L. 10. D. *h. t.* — Cf. Schol. Basil. T. III. p. 416. not. h.

§ 232.

1) L. un. § 4. in f. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) — Arg. L. 7. pr. D. *de per. et comm. rei vend.* (XVIII, 6.) — L. 10. D. *de reg. jur.*

2) Unde impensas ab expensis recentiores JCti distinguere solent.

3) L. 21. § 1. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 2. § 2. D. *si quis aliquem testari prohib.* (XXIX, 6.) — L. un. § 4. C. *de cad. toll.* — L. 53. pr. D. *de leg.* II. — L. 1. C. *de her. v. act. vend.* (IV, 39.) — L. 50. § 2. D. *de leg.* I.

4) L. un. C. *rem alien. gerentib. non interdici rerum suar. alienat.* (IV, 53.) — L. 36. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.) — Tit. C. *sine censu vel reliq. fundum comparari non posse.* (IV, 47.) — L. 3. in f. C. *de servit. et aqua.* (III, 34.) — L. 57. D. *de leg.* I. — Cf. L. 13. D. *de imp. in res dotal. fact.* (XXV, 1.)

5) L. 7. § 16. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — L. 36. § 5. D. *de H. P.* (V, 3.)

6) *Ulpiani* Fr. VI. § 14 — 17. — L. 79. D. *de V. S.* — L. 1. § 3. L. 5. § ult. L. 6. L. 7. pr. D. *de imp. in res dot. fact.*

7) L. 8. pr. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — L. 29. in f. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — L. 5. C. *de R. V.* (III, 32.) — Cf. L. 7. § 2. D. *de usufr.* (VII, 1.) — L. 15. D. *de imp. in res dot. fact.*

8) L. 2. L. 45. D. *de negot. gest.* — Cael. vid. L. 38. D. *de her. pet.* (V, 3.) — L. un. § 5. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.)

9) L. 27. pr. in f. D. *de negot. gest.* — L. 38. v. *constituimus* seqq. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 3. § 4. D. *de in rem verso.* (XV, 3.) — L. 9. D. *de imp. in res dot. fact.* — L. 32. § 5. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — L. 19. § 4. D. *loc.* (XIX, 2.)

hominum et causarum conditione varie aestimandus erit [10]) : ita non semper uno modo , ut impensarum restitutio fiat , effici potest , siquidem nunc actione, nunc retentione tantum succurritur ei , qui fecit impensas [11]).

§ 233. *Totius argumenti constitutio.*

Quae hoc in libro praecipiuntur , maxime referenda sunt ad jurium genus , quibus simpliciter , i. e. nullo interveniente obligationis vinculo, hominum potestati res subjiciuntur (§ 78. 79.). Unum autem est , in quo omnis fere argumenti nostri ratio vertitur : *dominium*. Est autem proprie quidem dominium : legitimum rei corporalis imperium [1]). Cujus cum summa vis vindicationis potestate cerneretur , fieri non potuit , quin aucto vindicationum numero amplior quoque exsurgeret dominii notio , quippe omnes vindicationum causas complectens [2]); idemque jus in rem s. in re a recentioribus appellatur [3]). Et duplex quidem hujusmodi dominium est : alterum universitatis, i. e. hereditatis, omninoque earum universitatum , quae similes hereditatum juris fictione haberi solitae sunt [4]) ; alterum rerum singularum. Quo in genere sunt et rerum corporalium proprietas (quod quidem prae caeteris vocant dominium), et ea , quae , licet nihil vere sint nisi dominii deminutiones, suis tamen nominibus, suaque propria vi ac potestate singula constant , ut servitus , emphyteuticum jus , superficies , pignus [5]). Et huic quidem soli jurium generi hoc in loco immoramur [6]) ; alio etiam addito , seu potius praemisso : de jure possessionis. Quamquam vero juribus in rem adnumerari nequit jus possessionis , ideo , quod ejus persequendi causa nulla in rem actio comparata est ; tamen , quoniam non modo hanc habet cum illis juribus similitudinem , quod non ex obligationis vinculo proficiscatur , verum etiam dominii juriumque in re , certe complurium , usu continetur earumque velut est imago : sane consequens esse videtur , ut ei , tamquam fundamenta , reliqua superstruamus, tantum non omnia , quae singulatim deinceps sequentur [7]).

10) L. 38. D. *de R. V.* (« In fuodo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur : bonus judex varie ex personis causisque constituet. Finge , et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, ut fundum recipiat, usque ea duntaxat, quo pretiosior factus est. — Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur , laribus , sepulchris avitis carendum habeat : sufficit tibi permitti tollere ex his rebus , quae possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. — Finge, eam personam esse domini , quae receptum fundum mox venditura sit : nisi reddit , quantum prima parte reddi oportere diximus , tu condemnandus es [*al.* deducto condemnandus est].») L. 10. D. *de imp. in res dot. fact.* (« Quodsi hae res , in quibus impensae factae sunt , promercales fuerint : tales impensae non voluptariae , sed utiles sunt. ») — Cf. L. 29. D. *de R. V.* — L. 39. § 1. D. *de her. pet.* — L. 25. D. *de pign. act.*

11) L. 2. D. *de neg. gest.* — L. 29. in f. D. *fam. ercisc.* — L. 33. in f. D. *de cond. ind.* (XII , 6.) — L. 14. D. *de d. m. et m. exc.* (XLIV , 4.) — L. 14. § 1. D. *comm. div.* (X, 3.) — Cf. *Desider. Heraldi* de rer. judicatar. auctor. Lib. II. c. 23 (in *Ottonis* thes. T. II. p. 1267 sqq.).—*Vinnii* sel. jur. quaest. Lib. I. c. 24.

§ 233.

1) *Auct.* Cession (ed. 2.) p. 5. 6.—*Puchta* Rhein. Mus. 1. p. 287 sqq.

2) Cf. L. 3. D. *si ususfr. petat* (VII , 6.) — L. 15. § 8. D. *quod vi aut clam* (XLIII , 24.)— L. 70 § 1. D. *de V. S.*—L. 48. pr. D. *de heredib. inst.* (XXVIII , 5.)— Cf. *Duroi* Archiv f. civilist. Praxis VI. p. 412 — 417. (§ 20.) et *Auctoris* Cession p. 7. sqq.

3) Vid. supra § 79. et ibi inprimis not. 1. et 6.— Add. *Hoepfneri* Commentar. § 284. et § 286. not. 1.

4) *Auctor.* obs. jur. rom. C. I. § 1. 2. 5. — *Gaji* inst. IV. § 34. 35. (cf. supra § 223. not. 4.).

5) Vid. not. 3. et add. *Auctoris* Cession p. 9. sq. not. 18.

6) Nam vid. supra § 28.

7) Quaestio de possessione : cuinam jurium generi adscribenda sit ? jam Glossatorum temporibus agitata, ac saepius subinde instaurata, tum diu intermissa, nostris tandem temporibus summo quodam ardore revocata est , scil. duabus etiam additis quaestionibus : altera de loco , ubinam in artis nostrae disciplina tractanda sit possessio ; altera , qua quaeritur , utrum omnino jus sit possessio? Vid. scriptores supra § 79. not. 10. hanc in rem

CAPUT II.

DE JURE POSSESSIONIS.

Dig. (XLI, 2.) *de acquir. vel amitt. possessione.* — Cod. (VII, 32.) *de acquir. et ret. poss.* — *R. J. Pothier,* Traité de la possession et de la prescription. Paris. Aureliani. 1772. 12. et Pand. Justin. XLI, 2. XLIII, 16—23, 26, 31. — *E. C. Westphal* System d. R. R. üb. die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. Leipz. 1788. § 19—321 p. 33—260. — *Angeli Jac. Cuperi* obss. sel. de natura possessionis Lugd. Bat. 1789. 4. Denuo edidit adj. de naturali et civili possessione animadversionib. *A. F. J. Thibaut.* Jen. 1804. 8. — *A. F. J. Thibaut* üb. Besitz u. Verjähr. Jen. 1802. p. 1—60. — *F. C. v. Savigny* das Recht d. Besitzes. Giessen 1803. ed. VI. 1837. (cf. *Warnkoenig* in Themide T. III. p. 224 sqq. p. 445 sqq. T. IV. p. 234 sqq. T. XXV. p. 343. et p. 468 sqq.) — *Unterholzner* in ephemeridibus jurid. Tub. T. IV. p. 337 sqq. — *G. Hufeland* neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitz. Giessen 1815. (üb. den eigenthüml. Geist des R. R. Bd. II.). — *T. M. Zachariae* neue Revision d. Theorie p. R. R. vom Besitze. Leipz. 1824. — *Huschke* zwei Abhandl. aus des Gebiete der Alterthumswissenschaft u. Rechtsalterthümer. Abh. II. p. 75 sqq.

§ 234. *Possessionis notio et indoles.*

Possessio, ut quidem proprie dicitur, est usus rei cum affectu sibi eam ha-

excitati, quibus add. *Gans* System des röm. Civilr. (Berl. 1827.) p. 202 sqq. — *Rudorff* in Zeitschr. für histor. R. W. T. VII. Nr. III., qui quidem Savignium sequitur. — *Puchta* in Rhein. Mus. — *Hasse jun.* ibid. Tom. VI. p. 184 sqq. — *Frid. a Thaden* Untersuchungen über den Begriff des Röm. Interdiktenbesitzes un dessen Klassification im Rechtssystame. Hamb. 1833. — *Em. de Meysenburg* Servius. fasc. I. (Berol. 1834.) p. § 113. sqq. — *Huschke* zwei Abhandl. aus dem Gebiete der Alterthums wissensch. u. Rechtsgesch. p. 104 — 110. — Cf. et A. L. Z. anni 1835. Nr. 69. pag. 549. — Possessionem juribus adnumerari non posse, jam pridem contenderat *Ulr. Huberus* (Digress. Justin. Lib. IV. c. 10.). Qui cum possessionem nec « jus in re, neque ad rem » esse recte affirmasset, haec etiam addidit (§ 4.): « Non quaeritur in interdictis, quo res jure teneatur, — sed de facto, quis rem teneat. — — Sit possessio aliquod jus; nihil hoc aliud est, quam facultas a lege homini circa rem tributa, ut contra manus aliorum tutus sit. » — Jam vero meam sententiam brevissimis, si potero, defendere, haud a proposituo alienum esse puto. Igitur 1) si de laesa possessione conqueri nemo potest, nisi cui certa ratione quaesita est possessio, nec vulgaribus remediis, sed peculiariter hanc in rem comparatis: jus esse propriis suis terminis conclusum, dicamus necesse est. Quare 2) nec occurri nobis potest, omnem possessionis vim in eo solo cerni, quod injuriae violentiaeque prohibitae sint (*Rudorff* l. l. p. 108 sq.). Nam, — ut alia hoc in loco praetermittamus, qua contra dici possent (vid. infra § 243. not. 10.), — si cum *Rudorffio*, jus esse possessionem, utique negemus, non esset profecto, cur tantopere quaereretur de causa possessionis, de interdictorum utilitate, deque restituendis possessionis commodis (L. 1. § 41. L. 6. L. 15. D. *de vi; de Savigny* Besitz § 40. p. 489. nr. d.). 3) Ac multo etiam minus ita licet argumentari injustam possessionem tamen esse possessionem; fieri autem non posse, ut jus sit injuria (*Rudorff* l. l. p. 97. in f. et p. 98.). Quod quam falsum sit, ex ipsis exemplis a Rudorffio (p. 109 sq.) allatis patet. Plura addere, quae quidem in promtu sunt, omitto, cum in aprico res sit. 4) Jam si quaerimus, quale sit jus possessionis, primo nobis obvia est sententia existimantium, *in personam* esse jus, s. ad obligationes referendum, tum, quod certe *in rem* non sit, tum vero maxime, quod possessoria interdicta ex delictis proficiscantur. At prior ista ratio prorsus nihil est, siquidem talem esse putare jurium divisionem in *in rem* et *in personam*, quae omnia jura complectatur, falsum esset (vid. supra § 79. not. 7.). Quare cum *Ulr. Hubero* (l. l. § IV.) ita sentio: « Non sumus solliciti, ne non divisio parum plena videatur, si quod jus existat ab utraque illa specie diversum: *nihilo enim pejus cum jurisprudentia ageretur, etsi numquam illa divisio audita fuisset.* » — Alteram autem quod attinet rationem, de eo quidem: possessoria interdicta, quae retinendae possessionis sint, non utique ex delictis descendere, certe mihi persuasum habeo (§ 243.); neque vero, nullam esse aliam possessionis vim, existimandum est, nisi quae in interdictorum jure cernatur (*Savigny* Besitz § 2. p. 6.). At sit sane illud, tamen nihil ad hoc, de quo disputamus. Alioquin et existimationis jus aut nullum esset, aut obligationibus adnumerandum, ideo, quod propter existimationem laesam non nisi in personam actionibus agi poterit. — Nec magis assentiendum putamus *Puchtae* (Rhein. Museum III. p. 305 sq.) qui quidem ad personae libertatisque tuitionem jus possessionis spectare pro certo affirmat. Quod ut concedamus, tamen de jure possessionis, quid sit, nihilo sumus certiores. Nam non satis certis notis, seu potius nullis, jus possessionis aejungitur ab aliis, quae, tamquam innata, tribui soleat personis. Quodsi itaque (ex verissimi ejusdem scriptoris observatione p. 298.) propria cujusque juris indoles ex eo definiendum est, quod tamquam materia ei subjicitur, non possumus profecto, quin jurium generi, quo simpliciter, i. e. nullo obligationis titulo res subjiciuntur hominibus, possessionem quoque adtribuamus, seu eandem dicamus, — *rei potestatem* — quamvis imperfectam, siquidem vindicandi facultate destituitur (cf. supra § 79. not. 9. — *Unterholzner* in ephemeridib. jurid. Tub. T. IV. p. 364.).

bendi [1]). Ex eaque nascitur jus possessionis, non confundendum illud nec cum jure possidendi [2]), nec cum ea conditione, quae omnino oritur ex juris libertatisque usu atque exercitio (§ 75.), quamvis et ad illum usum, et ad alia complura Romani possessionis vocabulum referre soliti sint, certe ex vulgari loquendi ratione [3]). Jam vero duo inprimis sunt velut propria possessionis jura. Alterum interdictorum usu cernitur, quae quidem possessionis vel conservandae vel recuperandae causa comparata sunt possidentibus; idque jus ex possessionis velut nativa manavit indole, nihil quicquam desiderans, praeter rei custodiam nec non dominii animum atque affectum [4]). Alterum latius patet, quippe quod usucapiendi facultate continetur; quae ut efficiatur, alia etiam praeter dominii animum detentioni accedant necesse est [5]). Hisce igitur duobus omnia contineri, quaecunque possessioni tamquam jurium effectrici tribuantur, sat solidis defenditur argumentis [6]). Nec enim quicquam juvat, inter peculiarla possessionis jura aut ea referri, quae cum usucapiendi conditione jam sua sponte conjuncta sunt, ut Publiciana in rem actio, ut fructuum perceptio; aut illam rationem, quae statim efficiat, ut per possessionem quaeratur dominium, quamvis in eam necessariae possessionis acquirendae conditiones utique conveniant. Ac multo etiam minus ad possessionis causam pertinere possuut, quae quis, longe aliis usus juribus, licet circa rem, quae ab eo teneatur, aut agat aut sibi vindicet, velut si moderamine inculpatae tutelae utatur possessor (§ 135. not. 1.), aut doli exceptione ea, quam vocant jus retentionis [7]), aut eo jure, quo onere probandi reus levatur [8]). Jam vero, cum ex sola possessione jura proficiscantur, sequitur, ut simul et factum et jus sit possessio. Et factum quidem ad causam, jus ad vim et potestatem fere referendum est. At vero hoc non est perpetuum. Interdum enim et acquirendae et conservandae possessionis conditiones necessariae non pendent e facto, sed ad merum jus referendae sunt; idque vel maxime respiciunt juris nostri auctores: *multum ex jure mutuari possessionem*, vel simile quid, percipientes [9]).

§ 235. *De verborum, quae ad argumentum propositum pertinent, significatione.*

Possidere etiam is dicitur, qui nullis gaudet possessionis commodis [1]). At vero, cum de jure possessionis quaeritur, ipsis verborum dictionumque aut disjunctionibus aut proprietatibus satis accurate ab iis, qui quidem proprie possident, sejungitur ille, ad quem possessionis jura non pertinent [2]). Quodsi

1) L. 1. pr. et § 3. L. 41. D. *h. t.* — L. 18. pr. *eod.* — *Festus* de V. S. h. v. (ap. *Gothofred.* p. 371.).—*Niebuhr* Röm. Gesch. II .p. 361. not. 72. — *Cuperus* l. l. P. I. c. 1. — *Savigny* § 1. p. 2. 3. § 9. p. 90 sq. (ed. 5.).—*Rosshirt* in Archiv für civ. Praxis VIII. Nr. I. p. 8 — 11. — Dissent. *Guyet* Abhandl. (Heid. 1829.) Nr. VI. Sed vid. infra § 237. not. 2. 3.

2) *H. Donelli* comment. j. civ. IX. c. 9. § 2. — *Savigny* § 1. p. 3.

3) Vid. v. c. *Cicero* or. de lege agrar. II, 27. — *Id.* de Or. II, 49. et supra § 75. not 2. 3., tum infra § seq. not. 13. 14.

4) L. 2. D. *uti possid.* (XLIII, 17.)—L. 2. § 1. D. *pro emt.* (XLI, 4)

5) Scil. bona fides. Pr. I. *de usuc.* — L. 2. § 1. D. *pro emt.*—Cf. *Savigny* § 7. p. 71 sq.

6) *Savigny* § 3. 4. — Dissent. *Hufeland* l. l. p. 30—41. p. 49—52. — *Schweppe* jurisl. Magaz. I. p. 45 — 50. — *Unterholzner* l. l. p. 359 sqq. — Contra vero, nulla proprie esse possessionis jura, nuper defendere conatus est *Rosshirt* l. l. p. 12—14.

7) Vid. L. 20. D. *h. t.*

8) Neque contraria est § 4. I. *de interd.* — *Savigny* § 4. in f.

9) Vid. supra § 75. not. 4. et *Cuperus* P. I. c. 5. 6. — Cf. et *Rosshirt* l. l. p. 16 — 18.

§ 235.

1) L. 9. D. *de R. V.* (VI, 1.)

2) Velut L. 3. § 8. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) — L. 7. pr. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) » Eum, cui

29

itaque cum ejusmodi vocabulis, quibus naturalem tenendi conditionem significare consueverunt Romani [3]), contenditur possessionis verbum, tum dubitandum non est, quin hoc ad jus possessionis referendum sit, scilicet ad id genus, in quo inest interdictorum utilitas. Nam quae ad usucapionem valet possessio, ea aut *civilis* dicitur [4]), aut certis aliorum verborum idem significantium notis distinguitur [5]). *Naturalis* autem *possessio* cum ex vulgari tum ex juris nostri auctorum loquendi usu ad corporalem tenendi conditionem per se quidem spectat [6]); quae, cum in omni possessionis genere adesse plerumque debeat, mirum non debet videri, quare fiat, ut naturalis possessionis vocabulum ibi quoque usurpetur, ubi de jure quaeritur [7]). At saepius a jure sejungitur naturalis possessio, nunc simpliciter [8]), nunc a civili duntaxat possessionis causa [9]), ut etiam jura, quae quidem a mero proficiscuntur possessionis facto, accedente videlicet dominii affectione, naturali possessioni tribuantur [10]). Quemadmodum igitur naturalis possessionis notio et ad eam pertinet possessionem, quae jure deficitur (not. 6. 7.): sic etiam aliae sunt aut notiones aut disjunctiones, quae, licet nonnulla in parte hanc quoque, de qua hic quaeritur, possessionem attingant, tamen longius ejus excurrunt fines; ut si justae et injustae, bonae et malae fidei, verae et fictae, quas vocant, possessionis formae distinguuntur [11]). Neque vero silentio sunt praetereundae *impropriae* quaedam verbi significationes. Etenim possessionis vocabulo nonnunquam et jus in rem intelligitur ejusmodi, cujus auctor et velut tuitor exstitit Praetor [12]), et immobilium rerum proprietas [13]), denique possessor dicitur, quicunque in rem actionibus conveniri potest [14]).

§ 236. *Possessio, quasnam ad res possit pertinere.*

Non modo in hominum sint commercio necesse est res, quae jure possidean-

ita non cavebitur, *in possessionem* ejus rei — *ire*, et cum justa causa esse videbitur, *etiam possidere* jubebo. » — Cf. not. seqq. et *Savigny* § 7., qui etiam varias variorum de civili et naturali possessione opiniones recenset § 10. — Dissentiunt a *Savigny*, quem hic secuti sumus: *J. P. Johannsen* über possessio, p. civilis u. p. naturalis. Heidelb. 1831. 8. — *L. H. Wiederhold* das interd. uti possidetis u. die operis novi nunciatio. Hanoviae. 1831. Nr. 1. — *Savignii* opinionem defendit *Thon* in Rhein. Mus. P. IV. p. 95 sqq.

3) Velut: *in possessione esse* (L. 10. § 1. D. *h. t.* et not. 2.), tenere, naturaliter, corporaliter tenere s. possidere, et ex eo genere similia: L. 24. L. 49. § 1. D. *h. t.* — L. 40. § 2. D. *de pign. act.* — L. 3. § 3. et 13. D. *h. t.* — L. 9. D. *de R. V.* (VI, 1.) *rei.*

4) L. 2. § 1. D. *pro her.* (XLI, 5.) — Cf. L. 3. § 15. D. *ad exhib.* (X, 4.) — L. 1. § 9. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — L. 26. pr. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — Caeterum de varia dictionum: *civiliter s. jure civili non possidere* (vid. v. c. L. 24. D. *h. t.* — L. 38. § 7. 8. D. *de V. O.* (XLV, 1.), significatione cf. *Thibaut* ad *Cuperum* p. 157 — 174. et *Savigny* § 7. p. 42 — 63. — *Unterholzner* l. l. p. 367 — 370.

5) Velut L. 16. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — Vid. et not. 4.

6) L. 1. § 1. L. 3. § 3. et 13. D. *h. t.* — L. 38. § 10. *de usur.*

7) *Savigny* § 7. p. 66. — Vid. et not. 10.

8) L. 12. pr. D. *h. t.* et not. 3.

9) L. 1. D. *pro her.* — L. 3. § 15. D. *ad exhib.* (not. 4.) — L. 1. § 9. D. *de vi* (not. 10).

10) Vid. L. 1. § 9. et 10. D. *de vi.* — *Savigny* p. 65. 66 (cf. supra § 232. not. 9).

11) a) L. 3. § 5. D. *h. t.* — L. 2. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) — b) α) § 228. nr. 1. β) pr. I. *de usuc.* — c) α) — L. 25. § 2. et 8. D. *de H. P.* (V, 3.) — L. 25. D. *de R. V.* (VI, 1.) — β) L. 1. § 15. D. *h. t.* — L. 16. *de usurp.* — Cf. *Savigny* § 8. et § 24. p. 301 sq. (d.).

12) Velut *bonorum possessio* (cf. L. 3. § 1. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.); *hereditatis petitio possessoria; praedium, cujus dominium ex jure Quiritium privatus nec habebat, nec habere poterat* (L. 115. D. *de V. S.*; *Brissonius* sel. ex jure civ. ant. IV, 1.); *possessio ususfructus* (L. 3. D. *si ususfr. petat.* (VII, 6.) — *Savigny* § 12a. p. 176 sq.).

13) L. 78. D. *de V. S.* — L. 15. pr. et § 1. D. *qui satisd. cog.* — *Cic.* ep. ad Att. (VI, 1.) in m. — *Savigny* § 8. p. 85 sq.

14) V. c. L. 16. § 4. 7. — L. 34. § 1. D. *de h. p.* (V, 3.) — L. 10. D. *si pars hered. pet.* (V, 10.) — Cf. *Savigny* § 8. p. 86 sqq.

tur [1]), verum etiam ex earum genere, in quas dominium cadere potest; siquidem nihil est possessio, nisi usus dominii et veiut imago (§ 233. in f.). Et hujus quidem introducendi juris, quatenus scilicet ex solo oriatur possessionis facto, peculiaris videtur fuisse ratio et origo. Nam cum antiquitus in dominio haberi non possent praedia, nisi quae et in Italia et ex privatorum numero agrorum essent, invaluit tamen, ut actionibus sive interdictis defenderentur reliquorum praediorum possessores, quippe qui alioquin omni cariturі erant juris sui praesidio. Quod cum tantas habere videretur opportunitates atque utilitates, quantae ex in rem actionum usu minime percipi possent, ideo et ad alios translatum rerum possessores et post mutatam veterem dominii rationem usu servatum est [2]). Igitur secundum ejus, quo utimur, juris civilis indolem possessio proprie quidem est rerum corporalium [3]); nec tamen intra eos utique fines constiterunt Romani. Namque possessionis jus atque commodum ad eorum quoque jurium, quae jura in re vocari solent, tantum non omnium transtulerunt usum; unde novum *jurium quasi possessionis* ortum est genus [4]). At ultra progressi non sunt, nec romani juris nec pontificii auctores, quamvis hi quidem remedii, quod de recuperanda possessione jure civili proditum est, vim ac potestatem aliquanto auxerunt, novamque ei exceptionis formam addiderunt (§ 134. not. 5—7.). Recte quidem utimur Romanorum de juris possessione praeceptis in rerum argumentis, quae aut prorsus erant incognita antiquitati, aut non in singulorum juribus haberi solita, in quae tamen jurium in re et notio et indoles apte conveniat [5]). Quod autem vulgo perhibetur, scilicet remedium aliquod omnium omnino jurium usus exercitiique tuendi causa comparatum esse jure canonico, id non dubitamus, quin inter mera pragmaticorum commenta referendum sit [6]). Nec magis pontifex, hoc praecipiens: ut si iis mota sit de matrimonii vinculo, primum omnium alter conjux restituatur alteri [7]), — aut tale jus, cujus in possessione omnis posita sit causa, aut omnino novi aliquid statuere voluit [8]). Verum enim vero non tacendum, eo sese vehementer inclinare forensium rerum antistites, ut omnium esse jurium et possessionem, et usucapionem, et vindicationem existiment: quo quidem nihil nec imprudentius nec magis temerarium potest cogitari [9]).

§ 237. *De possessorum personis.*

Jus possessionis ad neminem potest pertinere, nisi ad eum, qui, cum omnino

§ 236.

1) L. 23. § 2. D. *h. t.* (cf. L. 1. § 6. *eod.*). — L. 30. § 1. 3. 4. D. *h. t.*

2) *Niebuhr* R. Gesch. II. p. 370 sqq. (cf. ib. p. 358. 359.).—*Savigny* § 12*a*. —Caeter. vid. infra § 242. not. 5. et imprimis *Huschke* (diatr. laudat.) qui agri publici usum totius juris possessionis originem esse contendit.

3) L. 3. pr. D. *h. t.* — Cf. L. 4. § 27. *de usurp.* (XLI, 3.)

4) Cf. L. 23. § 2. D. *ex quib. c. maj.* (IV, 6.) — L. 2. in f. D. *comm. praed.* (VIII, 4.) — L. 10. pr. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 3. § 17. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — L. 7. in f. D. *de itin.* (XLIII, 19.) — L. 2. § 3. D. *de prec.* (XLIII, 26.) — L. 10. C. *h. t.* (*Cuperus* P. I. c. 4.) — *Savigny* § 12. — v. *Buchholtz* Vers. Nr. VIII. Cf. § seq. not. 4. et 5.

5) *Savigny* § 49. p. 562 sq. — Cf. *Hufeland* p. 74 sqq. — *Rosshirt* l. l. p. 49—74. — Caeter. vid. *Huschke* in ephemeridib. jurid. Tubing. T. II. p. 356. sqq.

6) Vid. *Savignii* interpretatio can. 3. C. 3. qu. 1. in op. laud. § 50.

7) c. 13. 14. X. *de rest. spoliat.* (II, 13.)

8) Vid. v. c. c. 2. X. *ut lite pend. nihil innovetur.* (II, 16.)

9) Vid. *Auctoris* Cession p. 14. 15. 20. p. 490—492. (ed. 2.). — Cf. et *Hufeland* l. l. p. 176—200. — *Huschke* Abhandl. p. 104 sqq.

gaudet jurium habendorum facultate [1]), tum vero domini animo utitur, i. e. rem sibi habere vult [2]), vel jus, cum de juris possessione agitur. Nonnumquam autem et qui corporalem rem tenet, licet domini animo careat, tamen interdictis utitur ex sua ipsius persona, tamquam dominus [3]). Quo in genere sunt et emphyteuta [4]), et creditor, cui quidem pignus traditum est [5]), plerumque etiam qui precario accepit [6]), denique sequester, is duntaxat, cui ita res custodienda committitur, ut etiam possessio sit apud eum [7]). Quae cum aut ex dominii velut imperfecta specie primum ortae essent [8]), aut dominii figuram assumere olim solitae sint, scil. contracta fiducia [9]), antiquam naturam et post sublatam veteris juris rationem utilitatis causa eatenus quidem retinuerunt, quatenus iis, qui hisce ex causis res tenerent, interdicta possessoria, tamquam dominis, aut ipso jure accommodarentur, aut pactis tribui possent. — Caeterum ejusdem rei etiam ad plures potest pertinere possessio, cum pro indiviso [10]), quae quidem compossesio vocatur, tum vero ita, ut apud alterum rei seu dominii, apud alterum juris possessio sit [11]). Alioquin autem fieri non potest, ut plures eandem rem in solidum possideant [12]).

§ 238. *Quomodo corporalium rerum 1) acquiratur possessio, a) universim definitur.*

Acquiritur possessio et corpore, i e. rei apprehensione, et animo, sive affe-

§ 237.

1) L. 49. § 1. D. *h. l.* (cf. tamen L. 4. § 1. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — L. 23. § 1. D. *h. t.* — Cf. et L. 1. § 6. D. *h. t.* — L. 118. D. *de reg. jur.*

2) Itaque non possident, verum alieno nomine in possessione sunt: a) colonus nec non inquilinus, L. 25. § 1. D. *h. t.* — L. 6. § 2. D. *de prec.* (XLIII, 26.) — Nec contrariae sunt L. 12. et L. 18. pr. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — Vid. *Savigny* § 23 p. 281. not. (5.) et *Auctoris* Cession p. 277 — 280. (ed. 2.); — b) is, qui rem alienam administrat, L. 9. D. *h. t.* — L. 1. § 22. D. *de vi*; — c) is, qui commodatum accepit, L. 8. D. *commod.* (XIII, 6.); — d) qui in possessionem missus est, L. 3. § 23. — L. 10. § 1 in f. D. *h. t.* (cf. supra § 157. not 4. 5.); — e) depositarius, L. 17. § 1. D. *dep.* (XVI, 3.) (vid. not. 7. et 9.); — denique f) qui propter juris possessionem etiam rei habet detentionem, L. 12. pr. D. *h. t.* — L. 6. § 2. D. *de prec.* — L. 3. § 7. D. *uti possid.* — *Savigny* § 9. p. 98. § 23. p. 284 — 293. — A quo dissentiunt *Rosshirt* Archiv f. civ. Pr. T. VIII. p. 8 sqq. — *Huschke* in ephemeridib. Tub. T. II. p. 334., itemque *Unterholzner* ibid. T. IV. p. 386 et in Verjährungslehre T. II. p. 246 sq., tum etiam *de Schroeter* in diatr. mox (not. 3.) excitanda p. 244 sqq., scil. superficiarii *corporis* esse possessionem affirmantes. et *Buchholtz* Vers. p. 83 sqq. — At *Savignii* opinionem rursus defendit *Buchel* über die Natur des Pfandrechts. (Marb. 1833.) p. 43 — 51.

3) Quam *possessionem derivatam* (abgeleiteter Besitz) recentiores appellare solent. — Cf. *Savigny* § 9. p. 104 — 107. § 23 — 25. — Caeterum *A. Gu. de Schroeter* sine domini animo omnino negat fieri posse, ut jus possessionis sit penes aliquem (Zeitschr. für Civilr. u. Process, herausgeg. von *Linde* etc. T. II. Nr. VII.). Quae vero hanc in rem profert, hue fere redeunt, quod, qui nec domini sunt, nec dominium sibi tribuunt, tamen eo esse animo utique possunt, ut tamquam dominorum jure rem possideant (p. 236.). Cui eadem ratione responderi potest, quali adversus *Zachariam* utitur *Savignius* § 9. p. 107 sq. not. 1. — At contraria ratione *Guyet* (Abhandl. p. 148 sqq.) ad jus possessionis efficiendum domini animum minime esse necessarium opinatur, ideo, quod his, qui quamvis scientes res alienas possident, tamen nonnumquam adscribitur jus possessionis. — Vide *eundem* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. T. IV. Nr. XVI. — *Warnkoenig* Arch. f. civ. Pr. T. XIII. Nr. IX. — *Bartels* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. T. VI. Nr. IV. imprimis vero *Sintenis* eodem T. VII. Nr. VII. et XII.

4) *Savigny* § 9. p. 100 — 103. § 24. p. 294. nr. 1.

5) L. 16. D. *de usurp.* — L. 1. § 15. L. 36. D. *h. t.* — L. 33. § 5. 6. D. *de usurp.* — L. 29. D. *de pigner. act.* (XIII, 7.)

6) L. 4. § 1. D. *de prec.* (XLIII, 26.) — L. 10. D. *h. t.* — L. 36. *eod.* — L. 33. § 6. D. *de usurp.* — Dissent. *A. Gu. de Schroeter* obs. jur. civ. (Jen. 1826.) obs. IV. c. 1.; maxime propter L. 33 § ult. *de usurp.* — Sed vid. quae contra scripsit *Unterholzner* in ephemeridib. jurid. Tub. T. IX. p. 383 — 385.

7) L. 39. D. *h. t.* — L. 17. § 1. D. *dep.* (XVI, 3.) — De ea vero quaestione, num etiam in alios, qui alieno nomine possident, transferri possit possessio, vid. *Schroeter* obs. c. II. (p. 80 sqq.). — At cf. *Savigny* § 23. p. 282. et § 25. p. 307.

8) Scil. agri publici. *Savigny* § 9. p. 99 — 103. — § 12a. p. 180 sq. (nr. 4. 5.).

9) *Savigny* § 24. p. 295 sq. — *Gaji* instit. II, 60. « — Fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, *aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent.* »

10) L. 26. D. *h. t.*

11) Cf. v. c. L. 12. pr. D. *h. t.* et L. 3. § 17. D. *de vi.* (XLIII. 16.) — *Savigny* § 12. p. 168 sq. — Vid. supra not. 2. f.

12) L. 3. § 5. D. *h. t.* « — *plures eandem rem in*

ctione dominii; quorum quidem utrumque concurrat necesse est [1]). Ex quo consequitur, ut, licet dominia rerum transferantur, tamen possessio non quaeratur, nisi etiam naturaliter comprehendantur res [2]). Contra vero, quoniam possessio res facti magis est quam juris, ea, quae jure aut prohibentur aut nullius momenti sunt, plerumque non erunt impedimento, quo minus alicui acquiratur possessio [3]). Ideoque non solum nostro facto, verum etiam alieno acquirimus recta via possessionem [4]).

§ 239. b) *Accuratior eorum, e quibus possessio pendet, descriptio.*

Et I) factum quidem, quo possessio acquiratur, cjusmodi sit necesse est, quod rem, de qua quaeritur, potestati subjiciat acquirentis; quod quidem fieri, nisi in ipsius rei praesentia, plerumque nequit [1]). Caeterum tangendo rem aut pedem inferendo possessionem apprehendere, id utique opus non est [2]). Itaque ad fundi possessionem acquirendam sufficit, aut introitum esse fundum, aut demonstrari e propinquo ab eo, qui possessionem tradere vult [3]), dummodo vacua sit possessio [4]). Mobilium autem rerum possessio non solum manuum apprehensione fieri potest, sed factis quibuslibet, quae cum per se satis valeant ad potestatem in rem aut significandam aut efficiendam, tum vero certissima sint voluntatis sibi eam habendi indicia. Quapropter *pro traditis* habendae sunt res, simulatque de eo in rei praesentia atque conspectu inter se consenserint partes [5]), aut qui acquirat possessionem, eam jusserit procuratori tradere [6]), aut custodes apposuerit rebus [7]), aut trabes signaverit [8]), aut *apud* horrea sive cellas, quibus repositae sint res, claves acceperit horreorum cellarumve [9]), aut jussu acquirentis in domo ejus deposita sit res [10]). Quodsi vero id agitur, ut praeter traditionem possessio nobis quaeratur mobilium rerum, alia etiam accedant necesse

* *olidum possidere non possunt.* » Caet. — Quocum etiam consentit *Ulpiani* locus L. 3. pr. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) — At in aliam abierat sententiam Pomponius. L. 15. § 4. D. *de prec.* (XLIII, 26.) — *Savigny* §. 11.

§ 238.

1) L. 3. § 1. L. 8. D. *h. t.* — Vid. et § 250. not. 13.

2) L. 23. pr. D. *h. t.*— L. 1. § 15. D. *si is, qui test. lib. esse juss.* rel. (XLVII, 4.) — Vid. § 698. not. 4.

3) V. c. a) L. 1. in f. et L. 2. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) — b) L. 1. § 10. D. *de vi.* (XLIII, 16.)—Cf. et not. seq. et § 237 not. 1.

4) L. 53. D. *de a. r. d.* (§ 131. not. 2.)

§ 239.

1) Vid. not. sqq. 3 — 9. et 11. Exc. vid. not. 10. et 12. — At symbolicam, quam vocant, possessionis apprehensionem non agnoscit jus Romanum: Nec contrariam tuetur sententiam L. 1. C. *de donat.* (VIII, 54.); sive eam cum *Wenckio* (ser. not. 4. laud. p. 30 sqq.) de sola dominii translatione accipias, sive *Savignii* (§ 16. p. 203 sqq.) amplectaris sententiam, qui in specie proposita servorum, de quibus quaestio erat, praesentiam supplendam esse censet. — Cf. et *Hufeland* l. l. p. 137 sqq.

2) L. 1. § 21. D. *h. t.* — *Savigny* § 14. et 18.

3) a) L. 3. § 1. D. *h. t.* — Vid. et L. 77. in f. D. *de R. V.* (VI, 1.) — b) L. 18. § 2. in f. D. *h. t.* — *Savigny* § 18. in f.

4) L. 18. § 2. L. 52. § 2. D. *h. t.*—L. 2. C. *eod.* — L. 2. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — *Savigny* § 11. in f. — Vid. et *C. F. C. Wenck* D. de traditione inter possessionis et proprietatis transferendae modum fluctuante (Lips. 1809.) p. 33 — 35. p. 43—45. — *Hufeland* l. l. p. 93—97. p. 112.

5) L. 79. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 1. § 21. D. *h. t.* (*verb.*: «et argumento esse — — consenserint.»)

6) L. 1. § 21. init. D. *h. t.* — L. 31. § 1. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — Cf. L. 3. § 12. D. *de donat. int. V. et U.* (XXVI, 1.) — *Savigny* § 16. p. 206 sq.

7) L. 51. D. *h. t.* — Cf. *Wenck* l. l. p. 56 — 64. — *Hufeland* p. 120. 121.

8) L. 14. § 1. in f. D. *de per. et comm. rei vend.* (XVIII, 6.) — Cf. L. 1. pr. in f. et § 2. *eod.* « — magis enim ne summutetur signari solere » (dolium).— *Savigny* p. 210 sq.— *Hufeland* p. 120 sqq.

9) L. 74. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 1. § 21. in f. D. *h. t.* — *Savigny* p. 208 sq.

10) L. 18. § 2. in f. D. *h. t.* (Aliter hunc locum interpretatus est *Wenck* p. 53.) — Caeter. vid. L. 30. pr. D. *h. t.* — Cf. *Savigny* § 17. p. 214 sq.

est, velut in rebus, quae sunt nullius, ut loco moveantur [11]), ut manu vel instrumento apprehendantur [12]). Quid ? quod interdum sine fraudulenta rei contrectatione non acquiritur ejus possessio [13]). II) De animo autem possidendi haec inprimis praecipienda esse videntur: 1) qui animi judicio carent, ipsimet sibi possessionem acquirere nequeunt, licet per procuratores possint [14]). 2) Rerum, quae possideantur, *ut singularum* certam animo conceptam habere oportet notionem. Igitur nec incertae partis ulla esse potest pessessio [15]), nec rerum connexarum, velut aedificiorum, partes possidentur tamquam singulae res [16]), licet partium facta aut solutione aut separatione, ex eadem illa causa, qua totum adhuc possessum est corpus, jam singulae res videantur possideri [17]). 3) Nec omnino fieri potest, ut ea tantummodo nobis habere *dominii jure* velimus, quae vel natura vel arte cohaerent cum alia re, in hujusque sunt accessionibus [18]). Caeterum 4) nonnunquam solo animo acquiritur possessio, si quidem naturalis possessio, qualem habent colonus, commodatarius, aliique, causam antecesserit dominii transferendi idoneam, nec non voluntatem is, qui possessione cedit, significaverit, rem esse pro tradita habendam [19]); vocatur traditio brevi manu [20]). Alioquin vero sola mentis destinatione *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* [21]).

§ 240. c) *Quomodo per alias personas possessio acquiratur.*

Aoquirimus possessionem et per eos, qui potestati nostrae subjiciuntur [1]),

11) L. 15. D. *ad exhib.* (X, 4.) — L. 3. § 3. in f. — L. 74. pr. (*verb.* : eum si alius — — adeptus fuissem») D. *h. t.*—*Savigny* § 17. p. 216—224.

12) L. 5. § 1. — L. 55. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.)

13) e. g. rei depositae. L. 3. § 18. D. *h. t.* (cf. § 241. not. 19.

14) a) L. 1. § 15. D. *si is, qui test. lib.* rel. (XLVII, 4.) — (cf. L. 16. *de O. et A.* XLIV, 7.). — L. 1. § 22. L. 2. D. *h. t.* (cf. L. 7. § 3. D. *ad exhib.* (X, 4.).— b) L. 18. § 1. D. *h. t.*—L. 1. § 3. et § 5. in f. *eod.* — Vid. tamen L. 32. § 2. D. et L. 3. C. *h. t.* — *Savigny* § 21. p. 244 — 255. et imprimis *Puchta* in Rhein. Mus. T. III. Nr. III.

15) L. 3. § 2. L. 26. D. *h. t.* — L. 32. § 2. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — Quam quidem sententiam ab ipso Labeone improbari propter verba : *mera subtilitate*, *Savignius* arbitratur § 22. p. 258. not. 4.

16) L. 30. pr. D. *h. t.* — L. 23. pr. § 3. D. *de usurp.* — L. 2. § 6. in f. D. *pro emt.* (XLI, 4.) Plura tum de hujus tum de sequentis notae argumento infra dicentur, eo loco, qui est de usucapionibus (§ 263.).

17) Arg. L. 11. § 6. D. *de publ. in r. act.* (VI, 2.) — L. 44. § 2. *de usurp.*

18) v. c. L. 26. D. *de usurp.* et Arg. L. 44. § 1. in f. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — Caeter. vid. L. 31. D. *de leg.* 3.

19) § 44. I. *de rer. div.* — L. 9. § 1. 2. D. *de publ. in r. act.*—L. 9. § 5. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — L. 3. § 3. init. D. *h. t.* — L. 62. pr. D. *de evict.* (XXI, 2.) — L. 9. § 9. D. *de R. C.* (XII, 2.) — Cf. L. 38. § 1. D. *h. t.*—*Savigny* § 19.

20) Similis quidem loquendi formula jam Rom. jure occurrit (L. 43. § 1. D. *de j. dot.* XXIII, 3.), at sensu magis conveniens in aliam possessionis acquirendae formam (vid. not. 6.).

21) L. 3. § 19. D. *h. t.* — L. 6. § 3. D. *de prec.* (XLIII, 26.) — L. 2. § ult. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — L. 3. § 4. D. *h. t.* — L. 18. pr. D. *eod.* — Quae quidem juris antiqui regula et ad naturalem detentionem pertinet, et ad eam quaestionem, qua quaeritur: num ut juris possessor hereditatis petitione aliquis conveniri possit? Vid. a) L. 5. C. *h. t.* — L. 2. § 1. in f. D. *pro her.* (XLI, 5.) — b) L. 10. D. *si pars hered. pet.* (V, 4.) (Item huc pertinet L. 2. § 1. D. *pro her.* — Cf. *Auctor.* obs. j. Rom. p. 7. in f.) — At nonnulli ex Romanis JCtis ad solam possessionem, ut quidem proprie dicitur (§ 343.), eam referebant, ut *Marcellus* (L. 19. § 1. D. *h. t.*), ut *Paullus* (L. 3. § 20. *eod.* «Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit; *non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.* ») — Caeterum hujus regulae *usus* latius etiam olim patuit, propter lucrativam illam possessionis atque usucapionis speciem, cujus mentio fit ap. *Gaj.* II. § 52 sqq. Quo etiam referandae sunt et ipsa L. 2. § 1. D. *pro her.* et L. 33. § 1. D. *de usurp.* — Omnino cf. *Savigny* § 7. p. 56 — 60. (nr. c.). — *Car. Com. de Reisach* de antiqui juris Rom. regula : Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Landish. 1821. 4. — *Unterholzner* Verjährungslehre I. § 100. — *Rosshirt* Archiv für civ. Pr. T. IX. Nr. I. — *Thon* in Rhein. Mus. T. IV. p. 101 sqq.

§ 240.

1) *Cuperus* l. l. P. I. c. V. p. 61 — 68. — *Savigny* § 26. p. 312 — 317.

et per extraneas personas, qui negotia nostra gerunt [2]). Atque eo sit animo alienae possessionis acquirendae vicarius, ut domino velit rem habere [3]), utique si non ex traditione nanciscatur possessionem; nam si alius ei possessione cedat, tum ex hujus ipsius mente potissimum aestimanda est res [4]). Neque vero ignoranti domino possessio quaeritur [5]), praeterquam si aut peculiariter res teneatur [6]), aut iis acquiratur, qui animi judicio ipsi carent (§ 239. not. 14.). Item si ex mandato possessio acquiritur, simul ut perfectum est apprehensionis factum, domino, licet ignoranti, protinus quaesita est possessio, certe ad interdicta [7]). Caeterum quod quis suo nomine possidet, etiam alieno nomine possidere potest, ut peculiari apprehensionis facto opus non sit ei, qui acquirat [8]); quod *constitutum possessorium* recentiores vocant [9]).

§ 241. 2) *Possessio quomodo amittatur.*

Retinemus possessionem tamdiu, quamdiu et potestati nostrae subjiciatur res, nec contrariam habendi voluntatem certis indiciis significaverimus. Ex quo consequitur, ut vel corpore solo, vel etiam animo, possessio amittatur [1]). Ea autem, quae efficiunt, ut jus possessionis perimatur, aut ex ipsorum, qui possident, personis eveniunt, aut ex eorum, per quos possidetur. Atque I) ipsae possidentium personae cum ex causis omnium jurium perimendorum communibus amittunt possessionem [2]), tum vero ex iis, quae propriae sunt possessionis; in quibus paulum commorabimur. Igitur 1) *corpore* desinimus possidere *mobiles* quidem *res* his potissimum modis: cum aut ab aliis eripitur nobis res [3]), aut plane ignoramus locum, ubi sit [4]), aut in aquam inque montium fauces, quo nullus patet aditus, res demersae sunt [5]). Cui etiam conveniens est, ut pecus simulatque aberraverit, non amplius possideatur [6]); ac multo etiam facilius ferarum bestiarum amittitur possessio [7]). *Res* autem *soli* desinimus possidere dejectione [8]), tum etiam fuga [9]). At eo solo, quod alius rem occupavit, non amit-

2) L. 32. pr. D. *h. t.* — L. 31. § 2. D. *de usurp.* — *Savigny* p. 318 sq.

3) L. 1. § 19. 20. D. *h. t.*

4) L. 13. in f. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — Cui contraria non est L. 37. § 6. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — Vid. *Savigny* p. 311. not. 1.

5) Cf. not. seq. et L. 24. D. *de neg. gest.* (III, 5.) — L. 42. § 1. in f. D. *h. t.*

6) L. 1. § 5. L. 3. § 12. L. 4. D. *h. t.* — L. 2. § 10—13. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — Vid. et L. 24. D. *h. t.* et cf. *Savigny* § 31. p. 354. not. 4.

7) L. 13. pr. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — L. 42. § 1. D. *h. t.*—L. 1. C. *eod.*

8) L. 18. pr. — Caeterum, licet hac quoque in re voluntatis conjecturae admittantur (L. 77. D. *de R. V.* (VI, 1.)— L. 28. L. 33. § 5. C. *de donat.* (VIII, 54.), tamen ejusmodi negotium intervenisse plerumque non est existimandum. — Cf. L. 48. D. *h. t.*

9) *Savigny* § 27. — *Rosshirt* in Zeitschr. für Civil. u. Criminalr. T. II. fasc. I. p. 132 sqq. Nr. III.

§ 241.

1) L. 44. § 2. D. *h. t.* — a) L. 3. § 13. L. 29. *eod.* — b) L. 3. § 6. L. 17. § 1. *eod.* — Nec aliam tuetur sententiam L. 153. D. *de reg. jur.* « Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum, quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. *Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in* CONTRARIUM ACTUM EST. » (coll. L. 8. *eod.*). Vid. *Savigny* § 30.

2) V. c. L. 3. § 17. L. 30. § 3. 4. D. *h. t.*

3) L. 15. D. *h. t.*

4) L. 25. pr. D. *h. t.*—Cf. L. 3. § 13. in f.—L. 44. pr. D. *h. t.*—*Savigny* § 31. p. 355. sqq.

5) L. 13. pr. D. *h. t.*

6) L. 3. § 13. D. *h. t.* — De servis vid. L. 13. pr. in f. L. 15. in f. D. *h. t.* — L. 15. § 1. D. *de usurp.* (XLI, 5.)

7) Cf. L. 3. § 14. 15. D. *h. t.* — (*Savigny* § 31. p. 359. not. 1.). — L. 3. § 2. L. 5. pr. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.). — De mansuefactis vid. L. 3. § 16. D. *h. t.* — L. 5. § 5. in f. D. *de a. r. d.* — *Unterholzner* in ephemeridib. Tub. I. 1. p. 391.

8) L. 1. § 9. L. 12. L. 18. pr. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — L. 4. § 22. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — Cf. *Paulli* rec. sent. V, 6. § 6. (« Vi dejectus videtur, *et qui in praedio vi retinetur*, et qui in via territus est, ne ad fundum suum accederet. ») — L. 1. § 47. D. *de vi.*

9) Igitur qui metu aliquo perterritus fugerit, semper amittit possessionem; at non semper vi dejectus

titur possessio, sed accedat necesse est domini aut scientia patientiaque [10]), aut dejectio, vel etiam tale quid, quod instar habetur dejectionis [11]); et propter eam potissimum causam *animo solo possideri* dicitur [12]). Jam vero 2) animo perimitur possessio spontanea quavis rei abdicatione, sive ea verbis sive re ipsa ac facto declarata sit [13]), dummodo ab eo fiat, qui plenam ejus, quod agitur, habeat intelligentiam judiciumque perfectum [14]). Neque vero deseri locum aliquem satis est, ut pro derelicto habendus sit, sed manifestis appareat indiciis derelinquendi affectio [15]); quo magis dicendum est, possessionem retineri earum rerum, quarum non nisi certis temporibus est usus, scilicet si aliis temporibus vacua relinquatur possessio [16]). II) Per alias personas retinemus possessionem, etiamsi ea nobis evenerint, quae, nobismet ipsis rem tenentibus, efficerent, ut *corpore* desineremus possidere [17]). Nam *voluntate nostra* ita amittitur possessio, quasi simus ipsi in possessione. Neque eo, quod, qui detinent res alienas, sibi eas velint habere, privatur dominus possessione, nisi aut hujus ipsius accedat voluntas (§ 239. not. 19.), aut dejectio vel ejusmodi quid fiat, quo immobilium rerum possessio tollatur [18]), aut mobilium rerum ipsi, qui eas tenent, furtum commiserint [19]). Praeterea amittitur possessio eorum facta dejectione, qui alienae incumbunt possessioni [20]); at sponte discedentes possessione, sive id derelinquendo fiat sive aliis eam tradendo, non perimunt dominorum jus [21]), non magis quam morte aliove interveniente casu, qui naturalem tenendi habendive facultatem impediat, possessio exstinguetur [22]).

§ 242. *De interdictis possessoriis s. de actionibus ex possessionis jure oriundis.*

Possessoria interdicta eas voco actiones, quae ejus, quod ex *mera* proficiscitur *possessione* [1]), juris tuendi causa propositae sunt (§ 155. nr. 2.). Est igitur duplex horum interdictorum genus: alterum retinendae, alterum recuperandae possessionis [2]). Quoniam vero nihil per se quidem commune habet possessio cum proprietate [3]), sequitur, ut actiones quoque ex illa oriundae propria sua

videtur. Cf. L. 9. pr. D. *quod met. c.* (IV. 2.)—L. 1. § 29. L. 3. § 6. 7. D. *de vi.*—L. 33. § 2. D. *de usurp.* — *Hufeland* p. 156—161. — *Savigny* § 31. p. 361—364 sqq. — Cf. *Zimmern* in *ejus* et *Neustetelii* Untersuchungen Nr. VII. — Dissent. *Unterholzner* in ephemerid. Tub. I. I. p. 361. sq. (nr. 1 — 4.). — Cf. *ejusd.* Verjährungslehre I. § 73. not. 252.

10) L. 46. D. *h. t.* — L. 3. § 8. L. 6. § 1. L. 7. L. 18. § 3. 4. L. 25. § 2. *eod.* — Cf. L. 17. D. *de vi.* — L. 5. § 10. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) et infra § 244. — *Savigny* § 31. p. 369 — 374.

11) L. 6. § 1. in f. D. *h. t.* — L. 1. § 24. D. *de vi.* (Vid. not. 9.)

12) L. 3. § 7. L. 25. § 2. D. *h. t.* — § 5. I. *de interd.*—*Gaji* Inst. IV. § 153. — (Cf. et not. 16.)

13) Not. 1. b. et L. 34 pr. D. *h. t.*

14) a) L. 29. D. *h. t.*—(L. 11. D. *de a. r. d.* XLI, 1.)—Cui optime convenit, quod scribitur L. 27. D. *h. t.* — (cf. not. 10.). — *Savigny* § 32. p. 376—379. —b) De errore vid. L. 34 pr. D. *h. t.* (cf. infra § 248. not. 12.)

15) L. 37. § 1. D. *de usurp.* — L. 4. C. *h. t.* — *Savigny* § 32. p. 382 — 384. — Cf. *Unterholzner* Verjährungslehre I. p. 246 sqq. et infra § 244. not. 5.

16) e. g. Saltuum hibernorum et aestivorum.—Vid. L. 3. § 11. D. *h. t.*—L. 1. § 25. D. *de vi.*

17) L. 1. § 45. D. *de vi.*—L. 9. D. *h. t.* — L. 30. § 6. *eod.*—(Vid. not. 22.)

18) Vid. not. 8—11.—Cf. L. 12 in f. D. *de vi.*

19) L. 3. § 18. D. *h. t.* — L. 67. pr. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — Cf. L. 47. D. *h. t.* et *Savigny* § 33. p. 389 — 392. et § 40. p. 474. not. 2. De iis, qui ejus potestati subjecti sunt, cujus nomine rem possident, vid. L. 15. L. 40. pr. D. *h. t.* — L. 33. § 6. D. *de usurp.* (XLI, 3.)

20) L. 1. § 22. D. *h. t.*

21) L. 12. C. *h. t.* — Cf. L. 3. § 8. L. 44. § 2. D. *h. t.* — L. 40. § 1. *eod.* — *Savigny* § 33. p. 392 — 402.

22) L. 25. § 1. L. 40. § 1. D. *h. t.* — L. 60. § 1. *loc.* (XIX, 2.)

§ 242.

1) Scilicet de ea, quae ad civilem tuendam possessionem spectat, Publiciana in rem actione, non est, quod hoc loco dicatur. — Vid. infra § 277.

2) L. 1. § 4. (*verb.*: « Et utPedius ait») D. *uti possidetis.* (XLIII, 17.)

3) L. 12. § 1. D. *h. t.* (XLI, 2.)—L. 1. § 2. D. *uti possid.* (XLIII, 17.)—Cf. supra § 234.

vi ac potestate constent, nec similitudinem quandam gerant speciemque vindicationis, quibus videlicet item dominii quaestio, breviter duntaxat ac summatim, disceptetur [4]). Attamen id utique negandum non est, retinendae possessionis interdicta etiam in proprietatis controversia adhiberi consuevisse, ut prius, uter petitor, uter possessor sit, certo definiatur, quam dominii causa deducatur in judicium; eaque inprimis causa videtur fuisse, ita ordinandi hujusmodi interdicta, quemadmodum in Praetorum edictis factum fuisse comperimus [5]). In omni autem possessorio judicio, qui agit probare necesse habet, cum possessionem penes se aut adhuc esse aut dejectionis tempore fuisse [6]), tum vero talem subesse violatae possessionis causam, qualem ut necessariam harum efficiendarum actionum conditionem leges constituerunt. Ac de hujuscemodi causis nunc pluribus erit dicendum.

§ 243. a) *Retinendae possessionis interdicta* (*).

« Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta *uti possidetis* et *utrubi*.—Sed interdicto quidem uti possidetis de fundi vel aedium possessione contenditur; utrubi vero interdicto de rerum mobilium possessione» [1]). Quae, cum maximopere olim inter se differrent, a Justiniano exaequata sunt [2]). Jam vero is est potissimum horum interdictorum finis, ut *retineatur* possessio [3]), neque vis fiat possidenti [4]); cui etiam damni resarciendi obligatio adjuncta esse potest, scilicet, ut quanti ea res sit, i. e. quanti uniuscujusque intersit, non esse interpellatam possessionem, tantum restituatur victori [5]). Actor igitur allegare ac probare necesse habet, *primum, ad se pertinere possessionem* [6]); alioquin enim aut ad recuperandae possessionis interdictum, aut ad aliam, si quam habet, qua rei restitutio peti potest, confugiendum ei erit actionem. *Deinde*, ipsam ab adversario inquietari [7]) ac turbari possessionem, quam actor ad se pertinere dicat; sin secus est, aliae item ad compescendam adversarii injuriam adhibendae sunt actiones, velut negatoria, tum etiam quod vi aut clam [8]). De quonam

4) L. 12. § 1. D. *h. t.* et *Savigny* § 36.

5) *Gaji* inst. IV. § 148. — § 4. I. *de interdict.* — L. 1. § 2. et 3. D. *uti possid.* — *Duroi* im Archiv. f. civ. Praxis VI. p. 265 sqq. — Caeter. dissent. *Savigny* § 36. p. 422. et § 37. p. 429 sq. — *Albert* (vid. § seq. not. *.) § 126. et 127. — Cf. *Wiederhold* das interd. uti possidetis § 1.

6) *Savigny* § 35. p. 415—418. § 37. p. 436 sq. § 51. p. 589 sq.

§ 243.

(*) Dig. (XLIII, 17.) et Cod. (VIII, 6.) *uti possidetis.* — *C. Albert* üb. das interdictum uti possidetis der Römer, als die Grundlage zur richtigen Erkenntniss des heutigen sogenannten possessorium summariissimum und possessorium ordinarium. Halle 1825.— *L. H. Wiederhold* das interdictum uti possidetis etc. Hanoviae. 1831.

1) § 4. I. *de interdict.* — Dig. (XLIII, 31.) (*de*) *utrubi.*

2) § 4. I. *de interd.* — L. un. § 1. D. *utrubi.* — *Savigny* § 39.

3) Caeter. haec quoque interdicta restitutoria sunt quodammodo: vid. *Duroi* Archiv für civilist. Praxis VI. p. 270—272.

4) L. 1. § 4. D. *h. t.* — De cautione illa, quam e L. un. C. *h. t.* vulgo repetunt, vid. *F. C. Conradi* D. qua cautio de non amplius turbando in judic. possessor. usu fori recepta pertractatur. Helmst. 1737.

5) L. 1. pr. et L. 3. § 11. D. *h. t.*

6) *Gaji* instit. IV. § 167. 168. — § 4. in f. I. *de interd.* — Albert § 87 — 93. — Cf. infra not. 11.

7) L. 1. § 1. D. *utrubi* (XLIII, 31.) « — — dum super hoc inquietatur — ». — Cf. *Wiederhold* l. l. p. 33 sqq.

8) L. 3. § 5. D. *h. t.*—(Ubi falso pro *utrique inutile* Cujacius legere nos jubet *utrique utile*; obs. V, 22. XVII, 2.) — Vid. et L. 9. pr. in f. D. *quod met. c.* (IV, 2.) — L. 13. § 7. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — *Wiederhold* l. l. p. 38 sqq.

30

autem injuriae genere conqueratur actor, per se quidem nihil refert, sive ipse sibi habere velit rem, aut totam aut ejus partem, is cum quo agitur, sive prohibuerit tantum, quo minus re sua dominus libere uti possit [9]), itemque sive vis adhibita sit, sive non, ac ne illud quidem, factis admissa sit turbatio, an verbis tantum. Nam generatim eo continetur hujus interdicti fundamentum, quod inter plures de possessione aut sit *aut esse videatur* controversia [10]). Nec id utique necesse est, ut toties aut defendere manu possessionem nostram, aut cedere ea cogamur, quoties alius illam sibi vel verbis vel factis adserat; quippe quod tum demum fieri debet, cum animo tantisper retinemus possessionem, quam corpore haud dubie amisimus (§ 241. not. 10—12.). Igitur cum de dubia possessione litigatur, huic interdicto locus erit; isque usus est interdicti longe frequentissimus. Qua in re judex, uter utri praeferendus sit, ex ipsius possessionis qualitate aestimet, ut nonnunquam etiam possessionis et longinquitas et causa respicienda sit [11]). Quoniam vero saepenumero, nondum constituta possessione, periculum est, ne alter litigantium alteri vim inferat, ideo aliud, primo usu introductum deinde patriis legibus confirmatum est, remedium, quo quam brevissime cadem possessionis causa disceptetur ac judicetur; vocant *possessorium summarium* s. *summariissimum*. In quo qui superior est, postea tamen *ordinario possessorio*, ut ajunt, conveniri potest, hac quidem potestate, ut victus non modo cedat possessione, verum etiam adversario prorsus nihil noceat, priori cum esse superatum judicio [12]). — Excluditur autem hocce interdictum cum unius anni praescriptione [13]), tum vero vitiosae possessionis exceptione, qua eum, qui agit, vi aut clam aut precario possidere *ab adversario* affirmatur [14]).

9) L. 3. § 2—4. D. *h. t.* — L. 52. § 1. D. *de a. v. a. p.* — L. 11. D. *de vi.* (XLIII, 10.) — Vid. et *Albert* l. l. § 34—42.

10) L. 3. § 2. D. *h. t.* — « Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: *etenim videris mihi possessionis controversiam facere*, qui prohibes me, uti mea possessione. » — Add. L. 1. § 2. 3. *eod.* — *Gaji* inst. IV. § 167. et 168. — L. 35. D. *de acquir. poss.* — [Verba ista *etenim videris mihi possessionis controversiam facere* » et ad alios casus referenda, in quibus interdictum datur contra eum, qui *prohibet me uti mea possessione*, i. e. re quam possideo (e. g. L. 52. § 1. D. *de a. v. a. p.* — L. 3. § 2. 3. D. *h. t.*); ex quo interdicta et dari contra eum, qui ipse possidere non voluerit, minime sequitur, quam opinionem *Auctor* edit. prioribus perperam defenderat *Albertum* l. l. § 113 — 115. secutus contra *Voet* Pand. *h. t.* § 3. et *Westphal* l. l. § 236. Eum, qui prohibuit, possidere voluisse utique necesse est; quod si non acciderit, aliis adminiculis uti poterit is, qui prohibitus est. (*Wiederhold* l. l. p. 35—37.) Unde facile intelligere possumus, alias actiones dari contra eos, qui rebus nostris uti nos non permittant. (vid. e. g. L. 13. § 7. D. *de injur.* — « si quis re mea uti me non permittat, nam et hic *injuriarum conveniri potest*, et ceteras leges not. 8. laudatas.) — Omnino horum interdictorum causam *possessionis controversiam* esse procul dubio est, quod et cum eorum natura et indole maxime convenit et legum nostrarum auctoritate plenius confirmatur (v. c. § 4. *I. de interd.* — « interdicto uti possidetis *de fundi vel aedium possessione contenditur* — *Gaji* instit. IV. 168 — « si non probat, *ad se pertinere possessionem* rel. — *Duroi* l. l. p. 272 sqq. — Cf. *Huschke* in ephemer. Tubing. T. II. p. 360. et in dissert. laudd. p. 109 sqq.). Contra recentiorum nonnulli ret. poss. interdicta tanquam obligationes ex delicto natas habenda esse contenderunt. (*Savigny* § 6. et § 37. p. 427 sq. — *Albert* l. l. § 25. caet.) — Regula illa quidem: « quod et reum et actorem possidere voluisse oporteat, » exceptionem habet unam (vid. not. 14.) cujus rationem optime monstravit *de Savigny* § 38. in f. — E. G.]

11) c. 9. X. *de probat* (II, 19.)

12) Ord. cam. imp. a. 1555. II. Tit. 21. § 3. — *Savigny* § 51.

13) L. 1. pr. in f. D. *h. t.* — *Albert* § 165. (De interd. *utrubi* vid. *Savigny* § 39. in f. et § 40. p. 477 sqq.) — [De eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum etiam dandum est interdictum. L. 4. D. *de interdictis.* (XLIII, 1.) — *Wiederhold* l. l. p. 45 — 48. — *E. G.*]

14) L. 1. § 9. L. 2. D. *h. t.* — § 4. I. *de interd.* — Cf. L. 3. § 10. D. *h. t.* — *Savigny* § 38. p. 442. § 39. in f. — Caeterum *clam possidere* quid sit? definitur L. 6. pr. D. *de a. v. a. p.* — Vid. et L. 40. § 2. *eod.* — Cf. *Albert* l. l. § 57. et 71. — De violenta possessione cf. L. 4. § 28. D. *de usurp.* [et *Unterholzner* Verjährungslehre I. p. 245. — *Wiederhold* l. l. p. 45 sqq. — Cf. omnino de duplicibus interdictis *v. Buchholtz* Versuche Nr. IX. et supra § 139. not. 24. § 155. not. 2. — Interdictum neque heredibus neque contra heredes dari perperam *Mackeldey* Lehrb. § 253. Nr. 2. 3. contendit. In heredes dari *Albert* § 160 — 162 negat, qui quidem omnino et interdicta ret. poss. ex delictis oriri opinatur. — E. G.]

15) § 7. I. *de interd.* — *Savigny* § 37. p. 435. in f. sqq.

Caeterum cum duplicia sint haec judicia (§ 155. nr. 4.), sequitur, ut, quoties aut de incerto possessionis statu disceptetur, aut exceptionibus, quas diximus, utatur reus, is quoque, qui agit, tamquam alienae possessionis turbator condemnari possit adversario [15].

§ 244. b) *Recuperandae possessionis interdicta.*

Recuperandae possessionis plura proposita sunt interdicta, in quibus principem obtinet locum interdictum de vi [1]). Quo quidem interdicto id agitur, ut ei, qui vi dejectus est, heredive ejus restituatur possessio una cum iis, quae ibi habuit quaeque habiturus erat, si non fuisset dejectus [2]). Necessariae autem hujus interdicti conditiones hae sunt: 1) ut possessio fuerit apud eum, qui agit, eaque talis, quae instar est juris [3]); 2) ut dejectio vi [4]) facta sit, vel alia ex causa, quae similis est dejectioni, rem amiserit possessor [5]); 3) ut is, qui convenitur, aut ipse dejecerit aut dejici mandaverit jusseritve [6]); denique 4) ut res sit ex immobilium genere [7]). Post annum in id duntaxat, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, actio datur [8]), nisi si alienae possessionis vicarii, dum absens erat dominus, dejecti fuerint [9]). At vero pactis non excluditur interdictum [10]), non magis, quam eo, quod ipse, qui agit aut vi, aut clam, aut precario possederit

§ 244.

1) Dig. (XLIII, 16.) *de vi et de vi armata.* — Cod. (VIII, 4.) *unde vi.*

2) L. 1. § 30 — 38. et 41. L. 15. et 19. D. *h. t.* — L. 14. § 11. in f. D. *quod met. causa.* (IV, 2.) — L. 1. § 40. D. *h. t.* — L. 4. C. *eod.* — L. 9. C *eod.* — *Savigny* § 40. p. 487 — 491.

3) Nihil autem refert sive justa fuerit, sive injusta. — L. 1. § 9. 10. 22. 23. L. ult. D. *h. t.* — *Savigny* § 40. p. 393 — 397.

4) L. 1. § 3. D. *h. t.* — « Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum. » — L. 1. § 29. *eod.* — *Savigny* p. 467. sq. — At majori etiam odio digna vis armata (*Savigny* p. 459 — 462.) olim visa est. Vid. L. 1. § 43. D. *h. t.* — *Gaji* inst. IV. § 155. — L. 14. D. *h. t.* — De poena autem publica loquitur Justinianus § 6. in f. Inst. *de interd.*

5) L. 1. § 3. 29. 45. D. *h. t.* — Vid. et § 241. not. 9. 11. — Caeterum Justinianus adversus eos quoque, qui vacuam absentium possessionem occupassent, licet non admiserint vim, nec metu fugaverint possessores, tamen hoc interdicto experiundum esse voluit. L. 11. C. *h. t.* — Latius etiam progredi jus Romanum, recentius illud quidem, multi sunt, qui existiment propter L. 5. et 8. C. *eod.* — Sed vid. *Savigny* § 45.

6) L. 1. § 11 — 15. L. 3. § 10 — 12. D. *h. t.* (§ 99. not. 1.). — L. 15. *eod.* (« quamvis sine dolo et culpa amiserit poss. ») — L. 3. § 10. D. *uti possid.* — Quatenus adversus alios haec actio detur, vid. a) L. 1. § 11. 15 — 19. D. *h. t.* — L. 1. § 20. L. 16. *eod.* — (*Savigny* p. 487 sq. not. 2.) — b) L. 1. in f. L. 2. L. 3. pr. D. *h. t.* — L. 4. *eod.* — De can. jure. Vid. § 134. not. 6.

7) Quae quidem res nullam habet dubitationem, siquidem ad jus antiquius respicitur. — L. 1. § 6. D. *h. t.* « Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere. Nam ex causa furti; vel vi bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum agi. » — Vid. et L. 1. § 3. 7. 8. *eod.* et cf. *Savigny* p. 474 — 479. Quod tamen eatenus sublatum esse videri potest, quatenus et dominio et possessione cedere cogatur, qui res suas vi repetit (§ 134. nr. 5.). Quoniam vero latissime patet horum praeceptorum ratio, quibus id est propositum, ut ne quisquam rei suae ipse sit arbiter ac vindex (cf. L. 10. C. *h. t.*), sequitur, ut ad omnes omnino, qui rem aliquam teneut, hoc jus referendum sit. Cui item conveniens est, ut ex hac quidem causa interdicto unde vi locus esse nequeat. — Caeterum vid. quae hac de re scripta sunt cum a *Thibautio* (Archiv f. civ. Praxis I. Nr. VII. p. 105 — 111.), tum vero a *Savignio* (Besitz p. 479 — 487. — *Thibautium* sequitur *Linde* in Zeitschr. f. Civilr. u. Process I. p. 418 — 421. (Nr. I.) *Savignium* vero *Benfey* Rhein. Mus. VII. p. 35 sqq. — Ab utroque dissent. *J. A. Fritz* Resp. ad quaest., quam actionem const. VII. C. *unde vi* ei, qui possessione vi privatus est, ad eam recuperandam concedat. Friburgi Brisigav. 1828. 4. — et *Unterholzner* in ephemeridib. Tub. IV. p. 394 sq. — Vid. et *de Schroeter* in ephemeridib. jurid. Erlangens. T. XI. p. 115 sqq. — [Hodie *Auctor* hoc interdictum ad res mobiles plane non referendum esse censet, et quod *constitutio* 8 C. *h. t.* et contra eos, qui non possideant, data est, et quod interdicto est effectus plane differens a poenis lege 7 laudata constitutis. — E. G.]

8) L. 1. pr. et § 39. D. L. 2. C. *h. t.*

9) L. 1. C. *si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.* (VIII, 5.) (cf. *Savigny* § 45. p. 523 sq. E.)

10) L. 27. § 4. D. *de pact.* (II, 14.)

ab adversario, certe ex recentioris juris constitutionc [11]). Praeter hoc interdictum duo ctiam alia recuperandae possessionis interdicta proposita sunt: alterum de clandestina possessione [12]), quod quidem post Juliani JCti tempora in desuetudinem abiisse videtur [13]); alterum, quod etiamnum usu obtinet, de precaria possessione [14]). Eoque utitur, qui rem, sivc immobilem sive mobilem, precario dedit, scilicet eo, qui precarium accepit, heredeve illius, restitutionem detrectante [15]). Vis est hujus interdicti ea, ut et possessio rei restituenda sit, et damnum resarciendum, si quod dolo vel lata culpa vel etiam mora ejus, qui convenitur, datum est [16]). Est etiam similitudo quaedam huic interdicto cum eo, quod de vi proponitur, id efficiens, ut pacto retineri nequeat precarium [17]).

CAPUT III.

DE DOMINIO.

Inst. (II, 1.) § 11 — 47. et Dig. (XLI, 1.) *de acquirendo rerum dominio.* — *R. Pothier*, Traité du droit de domaine de propriété. Paris; et Aurel. 1772.12.— in opp. T. II. p. 159 — 426. — *Westphal* Arten d. Sachen etc. (vid. cap. II.) p. 261—784.—*F.C. Gesterding* Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen. Greifsw. 1817.

TIT. I. DE DOMINII NATURA ATQUE INDOLE.

§ 245. *Dominii notio.*

Dominio, ut propric dicitur [1]), continetur jus sibi habendi ac possidendi rem corporalem [2]), arbitrio suo cadem utendi atque abutendi, sese illa abdicandi alioque modo de ca constituendi, denique in rem actionibus eandem repetendi sibique vindicandi [3]). Neque vero hoc ita accipiendum est, quasi dominium, nisi ex hisce rebus universis, constare penitus nequeat. Nam non modo aut contra juris publici praecepta aut cum aliorum injuria re sua abuti nemini permittitur (§ 129. nr. 1.), verum etiam ex eorum jurium numero, quae communi omnium jure insunt dominio, sacpenumero quaedam ab eo inveniuntur disjuncta; quid? quod nonnunquam nec possessio nec usus ullus est penes dominum: at manet nihilominus suo statu dominium [4]). Jam vero dominii, quantumvis intra angustissimos fines constituti, notae et velut vestigia haec sunt: 1) ut ejus esse tota res videatur, qui habet proprietatem, nec pars dominii apud eos sit, qui jus in

11) Propter L. 7. C. *h. t.* — § 1. I. *de vi bon. rapt.* — § 6. I. *de interd.* — Secus erat jure antiquiori *Paulli* rec. sent. V, 6. § 7. — L. 14 D. *h. t.* — *Savigny* § 40. p. 492 sq.

12) L. 7. § 5. in f. D. *comm. div.* (X, 3.)

13) Vid. supra § 241. not. 10 — 12. et *Savigny* § 41. — Caeter. vid. *Cujacius* ad L. 40. § 2. D. *de a. v. a. p.* (African. Tr. VII. ed. *Fabr.* T. I. p. 1446.)

14) Dig. (XLIII, 26.) et Cod. (VIII, 9.) *de precario.* — *Savigny* § 42. — *Unterholzner* I. I. p. 396.

15) L. 2. pr. § 1. 2. L. 15. pr. D. *h. t.* (L. 14. *eod.*) — L. 4. pr. D. *h. t.* — L. 8. § 8. D. L. 2. C. *h. t.*

16) L. 8. § 3. 4. 6. D. *h. t.* — Caeterum etiam post annum hoc interdictum datur L. 8. § 7. *eod.*

17) L. 12. pr. D. *h. t.*

§ 245.

1) Nam vid. § 233. not. 1. — *Puchta* Rhein. Mus. I. p. 308 sq. p. 313 sq.

2) Vid. § 233. et arg. L. 56. D. *de R. V.* (VI, 1.)

3) Cf. *Pothier*, cap. 1. — *Gluck* Pand. VIII. § 576. — *Hassechel*. G. G. § 12. — *Loehr* Mag. III. p. 483—485.

4) Cf. L. 1. § 1. D. *de Scto Silan.* (XXIX, 5.) — L. 25. pr. D. *de V. S.*

re habent (not. 4); 2) ut jura, liberum dominii usum impedientia ac coarctantia, quam potest angustissime accipiantur [5]), tum etiam 3) iisdem e medio sublatis, ipso jure rursus redintegretur dominium [6]); denique 4) ut dominus rem a quocunque ejus possessore repetendi jus habeat, eatenus quidem, quatenus non adsit peculiaris causa, quae efficiat, ut retinere eam possessor queat. — Et apud veteres quidem Romanos non nisi unum erat dominium, idque in ea re apparebat, quam vindicare ex jure Quiritium licuit. Postea duplex invaluit dominii genus: alterum ex jure Quiritium s. legitimum, (cui etiam postea dominii nomen prae caeteris tribui solitum est); alterum earum rerum, quas quis in bonis tantum habebat (d. naturale, bonitarium) [7]); cujus causa nullam in rem actionem antiquitus quidem proditam fuisse probabile est. Et posteaquam in rem actionem Praetor accommodaverat domino bonitario, tamen discrimen inter utrumque dominii genus supererat, non plane nullius momenti [8]). At sensim sensimque utriusque jura exaequata sunt, idque vel maxime fiebat tum veteris judiciorum ordinis exstinctione, tum vero Justiniani legislatoris auctoritate [9]). Ergo unum illud remansit dominium, cujus quidem praecipua vis in vindicandi potestate posita est; utique ex ejus juris, quo tamquam communi utimur, indole et ratione (cf. § 79. not. 9.).

§ 246. *Modus ac fines, quibus terminatum esse potest dominium, generatim describuntur.*

Termini, quibus velut cancellis circumdari solet dominium, aut a lege aut a privatorum voluntate proficiscuntur. Quae ex utraque causa efficiuntur limitationes, eae, siquidem I) vim earum spectes ac potestatem, bifariam dividi possunt. Primum a genere causarum. Nam aliae ad publicam rem, aliae ad privatam pertinent; itemque ex his quaedam in rem, quaedam in personam juribus adsignandae sunt [1]). II) Alterum est divisionis genus ab ambitu: siquidem aliae totum afficiunt dominium, aliae partem ejus duntaxat. Totum dominium ita, ut aut ad plures spectet ejusdem rei dominium, aut tempore vel conditione circumscribatur; quo quidem referendae sunt duae dominii divisiones hae:

5) Cf. L. 1. L. 3. § 2. L. 68. pr. D. *de usufr.* (VII, 1.)—L. 13. § 1. in f.—L. 29. in f. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.) — L. 13. § 1. D. *commun. praed.* (VIII, 4.) — Quocum etiam illud cohaeret, ut in dubio pro libertate dominii debeat responderi, L. 8—11. C. *de serv.* (III, 34.)

6) L. 3. § 2. D. *de usufr.*—§ ult. I. *eod.*—L. 30. pr. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.)—L. 6. pr. *quib. mod. pign. solv.* (XX, 6.)

7) Vid. *Gaji* inst. I, 54. II, 40. et *Theophili* paraphr. I, 5. § 4. — *Unterholzner* Rhein. Mus. I. p. 129 sqq. (cf. *M. S. Mayer* in ephemeridib. jurid. Tub. IV. p. 65 — 76.). — *Zimmern* Rhein. Mus. III. p. 311 sqq. — *Unterholzner* Rhein. Mus. V. Nr. I. —*Mayer* Zeitschr. f. gesch. R. W. T. VIII. Nr. I.

8) Velut a) *Gaji* inst. IV, 91 sqq. (*Hauboldi* epier. antiq. Heinecc. p. 932.)— b) pr. I. *de usuc.* — c) *Gaji* inst. I, 34. 35. 167. — *Ulp.* Fr. (I, 16.)

9) L. un. C. *de nudo jure Quir. toll.* (VII, 25.) — L. un. C. *de usuc. transf.* (VII, 31.) — L. un. C. *de lat. lib. toll.* (VII, 6.) — *Zimmern* l. l. p. 362 sq. — Neque vero cum bonitario dominio commisceri debet bonae fidei possessio, quam quidem intactam reliquit Justinianus. Quae, licet nonnullis in partibus illi juri esset persimilis, tamen inter utrumque gravissimae intererant differentiae, eaeque tales, quae inprimis spectarent ad naturalem dominii vim ac rationem. (Vid. v. e. a) L. 16. et 17. D. *de publ. in rem act.* coll. cum his, quae de rei venditae et traditae exceptione comperta habemus § 270. not. 2.; b) *Gaji* inst. III. § 166.—*Ulp.* Fr. Tit. XIX. § 20. 21.—*Unterholzner* l. l. § 4. (p. 140 sqq.)— *Zimmern* l. l. p. 325. p. 331 sqq. — *Unterholzner* l. l. V. p. 14 sqq. Nr. XV. — *Mayer* Zeitschr. für gesch. R. W. VII. p. 15. Unde nec commode bonae fidei possessio appellatur *praetorium dominium* (cf. *Unterholzner* l. l. p. 130. — *Puggé* Rhein. Mus. II. p. 294 sqq.).

§ 246.

1) Velut jus protimeseos, damni infecti obligatio, hujusque similia.

una, quae *solitarium* dominium a *condominio*, ut vocant, altera, quae *perpetuum* s. *irrevocabile* a *temporali* s. *revocabili* disjungit dominio. Ab utroque etiam differt *dominium quiescens* s. *dormiens*, ut dicitur; cujus quidem ipsius, pro diverso impedimentorum genere, varia esse potest significatio [2]). Pars dominii hoc modo afficitur et velut limitibus circumscribitur, ut aut in suo dominus ab extraneo fieri quiddam pati debeat, aut ipse jure suo carere aliqua in parte necesse habeat, aut ad agendum adeo vel praestandum aliquid propter dominium suum teneatur [3]). Solet autem, quod pro parte tantum aliorum jure circumscribitur dominium, variis a recentioribus JCtis distingui nominibus, ut *minus pleni*, item *limitati*, contrariis nominibus oppositis et *pleni* et *illimitati*; quae quidem vocabula ut per se sunt ambigua nec certis verborum notis distincta, ita etiam de eorum significationibus minime inter se conveniunt docti homines [4]).—Quoniam vero pleraque eorum, quae hucusque adumbravimus, accuratius exponendi commodior alibi dabitur occasio [5]), hocquidem in loco iis nos contineamus finibus necesse est, ut primum dominii divisi notiones explicemus, dein vero legitimarum dominii limitationum descriptionem universe contuendam proponamus; scilicet pleniore earumdem expositione, quatenus illae omnino spectant ad juris privati disciplinam, singulis doctrinarum locis relicta.

§ 247. *De dominii inter plures divisione.*

Duplex vulgo statuunt esse divisi dominii genus: alterum, quod ipsius rei totiusque dominii inter plures efficiat communionem; alterum ejusmodi, quod jurium, quae insunt dominio, contineat divisionem, scilicet nulla ipsius corporis nec pro divisis nec pro indivisis partibus (§ 224.) facta divisione. Atque in posteriore hoc genere duplicem distinguunt dominii speciem: alteram directi, alteram utilis. Et *directum* quidem vocant dominium, quod proprietatis jure vel maxime contineatur, aliis etiam commodis pro varia juris indole domino additis; *utile*, in quo cum plenissima insit rei utilitas, tum vero etiam *dominii jure* eandem et habendi et vindicandi facultas [1]). At frustra sunt, qui in jure Romano quaerunt duplex istoc dominii genus, quippe quod glossatorum doctrinae, a recentioribus non recte intellectae, prorsus debeatur [2]). Potest tamen ejusdem rei dominium ad plures ita spectare, ut pro *indivisa parte* [3]) quisque dominus sit; quod quidem condominium vocant. Neque vero est, quod de sociorum jure,

2) Cf. supra § 76. in f. et infra § 268. — Cf. et *Thibaut* Pand. § 581. (727.)

3) Vid. § 203. not. 3.—L. 7. pr. L. 9. pr. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.)— L. 1. § 6. 7. D. *de arbor. caed.* (XLIII, 27.)

4) Vid. *Hoepfner* Comment. § 290. — *Glück* Pand. § 577. p. 69 sq. — *Thibaut* Pand. § 580 (726).—*Gunther* Pr. jur. Rom. § 555—556.

5) Vid. infra § 269. et 270. et huj. libri Cap. IV — VI.

§ 247.

1) *Hoepfneri* Commentar. § 291.

2) *Thibaut* üb. dominium directum et utile (Versuche II. Nr. 3.) — *Seuffert* Erört. einzelner Lehren d. röm. Privatr. II. p. 1—8. — Cf. et *G. S. Madihn* de vera indole agror. vectigal. (Fref. 1773.) c. II. — Vid. et infra § 298. not. 8. § 302. not. 4. — At ne quis credat, nihil quicquam interesse, quod quidem attineat ad vitae usum, haec notiones utrum tanquam falsae rejiciantur, an pro veris habeantur. Etenim qui non nisi jus in re aliena habent, licet plenissimus ad eos illius rei usus spectet, tamen ea, quae in fructuum numero sunt, ut thesaurum, ut jurisdictionem, quam vocant patrimonialem, aliaque ex eo genere, sibi tribuendi non habent jus, nisi haec quoque nominatim ipsis concessa sunt. Caeter. etiamnum dissent. *Durol* Archiv f. civ. Praxis VI. p. 386 — 393. Vid. § 245. not. 5.

3) « Nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. » —L. 25. § 1. D. *de V. S.* —Vid. § 224. not. 2.

qui condomini vocantur, uberius hoc in loco exponatur. Universim enim haec res ex iis pendet, quae de rerum juriumque communione superius (§ 168.) tradita sunt; singulae autem hujus juris species ac quaestiones ultro se nobis offerent aliis in locis [4]), maxime in eo, qui est de communi dividundo actione. Caeterum plurium esse in solidum nequit dominum, non magis quam possessio [5]).

§ 248. *Limitationum dominii legitimarum adumbratio* (*).

Quae ex legibus proficiscuntur dominii limitationes, proxime quidem vel ad privatorum jura tuenda spectant, ut pignorum constitutiones, ut ea legum praecepta, quibus id vel maxime propositum est, ut jure suo quisque commode utatur [1]); vel ad communem reipublicae salutem servandam atque augendam pertinent, licet saepenumero hae quoque privatorum inserviant utilitatibus, adeoque tamquam ex singulorum jure vindicantur. Jam, quae ad posterius genus referendae sunt, quinque haud incommode classibus describuntur. Et prima quidem ad rerum divinarum rationem spectat [2]), altera ad redituum publicorum causam [3]), tertia ad viarum publicarum curam [4]); quarta eas continet, quibus id agitur, ut agriculturae probe consulatur prospiciaturque [5]); quinta denique ad publicam aedificiorum atque aedificandi curam pertinet [6]). Quarum e numero hae inprimis notandae sunt, quae ad aedificiorum vel altitudinem vel ambitum (*legitimum spatium, modum, intercapedinem*) definiendum spectant [7]), tum etiam aedium aut integritatis aut venustatis tuendae causa propositae sunt, scilicet ne ruinis urbes deformentur [8]).

TIT. II. DE ACQUIRENDO VEL AMITTENDO DOMINIO.

§ 249. I) *Acquirendi dominii ratio generatim exponitur* (*).

Duo sunt ex Romanorum disciplina formarum dominii aequirendi summa

4) Vid. a) L. 2. C. *de comm. rer. alien.* (IV, 52.) — b) L. 2. D. *de servit.* (VIII, 1.) — L. 10. pr. D. *de aq. pluv. arc. act.* (XXXIX, 3.) — c) L. un. C. *si commun. res pign. data sit.* (VIII, 21.)

5) L. 5. § 15. D. *comm.* (XIII, 6.) — Neque vero coodominium juris Germanici plurium esse in solidum dominium dici potest, ut quidem a plerisque fit, v. c. ab *Hofackero* pr. jur. civ. R. G. § 909. — Vid. *Hasse* ehel. G. G. § 10 sqq.

§ 248.

(*) *Dirksen* über d. gesetzl. Beschr. d. Eigenthums (Zeitschrift für hist. R. W. II. Nr. 16.).

1) V. e. a) Dig. (XXXIX, 3.) *de aquæ pluv. arc act.* — b) Dig. (XLIII, 27.) *de arborib. caed.* — c) Dig. (XLIII, 28.) *de glande leg.* — d) L. ult § 1. C. *de servit. et aqua.* (III, 34.) — e) L. 12. § 1. 2. 3. (*verb. : « si autem vetus »*) 4. 7. C. *de aedif. priv.* (VIII, 10.) — Nov. 63. pr. — Cf. *Seuffert* Erört. II. p. 8—13.

2) Velut L. 7. pr. L. 8. pr. L. 12. pr. et § 1. L. 43. D. *de relig.* (XI, 7.)

3) L. 3. C. *de metallar.* (XI, 6.)

4) L. 14. § 1. D. *quemadm. serv. am.* (VIII, 6.)

5) Velut L. 1. pr. et § 1. in f. D. *de tigno juncto.* (XLVII, 3.) — Videntur etiam earum nonnullae, quarum supra (not. 1.) mentio facta est, item huic posse adsignari loco. — Cf. *Dirksen* p. 422. nr. III.)

6) Cod. (VIII. 10.) *de aedificiis privatis.*

7) a) L. 1. § 17. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) « — leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt. » — Cf. *C. H. Stever* de serv. praed. c. III. § 4. — b) L. 14. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) L. 11. C. *h. t.* (VIII, 10.). — *Hauboldi* Exercitation. Vitruvianar. Spec. II. Lips. 1821. (in opusc. Vol. II. p. 412. sqq.). — *Stever* l. l § 6. — Vid. et L. 12. § 3. et § 5—8. C. *h. t.*

8) a) Dig. (XXXIX, 2.) *de damno infecto.* — b) L. 1. pr. D. *de tigno juncto.* (*Greg. Majansii* Disp. Nr. XLVIII.) — c) L. 52. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) L. 48. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) L. 2. C. *h. t.* — Cf. L. 41. § 1. sqq. D. *de leg.* I. et supra § 226. not. 5. in f., atque vel maxime quae ibi laudatur *Majansii* de Scio Aciliano disputatio.

§ 249.

(*) *G. F. Haenel* D. de acquir. rer. dominio. Lips. 1817.

genera : aut enim jure gentium, aut civili jure acquiritur dominium [1]). Neque ejus, quo utimur, juris indoles quicquam impedit, quo minus singulae acquisitionum species iisdem illis comprehendantur generibus, scilicet hic illic aliquantulum mutatis, tum vero ad novas rerum formas accommodatis aut rebus aut notionibus. Jam vero I) *naturali ratione* s. *ex jure gentium* dominium acquirimus aut possessionis apprehensione ejusque simili facto (§§ 252. 253. 254), aut rei nostrae vi et potestate [1a]) aut utroque simul concurrente, quod quidem causarum genus *mixtum* appellari potest. Et 1) *facto* quidem non solum per nosmet ipsos, verum etiam per extraneas personas recta via acquirimus dominium [2]). Itemque in factis hujusmodi aut plures concurrunt gerentium personae, ut in *traditione*, aut ab uno tantummodo fit, quod agitur; quo quidem pertinent et *occupatio*, et *specificatio* [3]), ut a recentioribus vocantur, denique *fructuum perceptio*, ea quidem, quae a rerum alienarum detentoribus fit. 2) Quaecunque rei potestate et velut beneficio contingunt acquisitiones, quarum quidem magnus est numerus, eae *accessionis* nomine omnes appellantur [3a]). Ac 3) *mixto* adquisitionum generi eae adsignandae sunt, in quibus aut plures una concurrunt acquirendi formae, ut in *thesauri acquisitione*, aut singularum acquisitionum causae aliae atque aliae deprehenduntur; quae quidem generali *commixtionis* nomine appellari solent (§ 259.). II) *Jure civili* rerum dominia transferuntur aut juris solemnitate, si qua est legibus praescripta, aut adjudicatione (§ 425.), aut lege (§ 259.), aut vetustatis auctoritate (§ 260 sqq.).

§ 250. A) *Ex jure gentium acquisitiones, eaeque 1) tales, quae ex facto eveniunt a) traditio* (*).

Traditio est dominii per possessionis translationem alienatio [1]). Eaque tale ad accipientem transfert jus, quale fuit apud eum, qui rem tradidit [2]). Omnis autem hujus negotii vis atque auctoritas cum a personis pendet gerentium, tum a causa possessionis transferendae, tum vero a forma ac modo, quo perficitur traditio. Et 1) *a personis* quidem ita, ut is sit tradens, qui et rerum, sive ad se sive ad alium pertinentium, habeat alienandarum facultatem [3]), et domi-

1) L. 1. pr. D. *h. t.* (XLI. 1.)—Quibus tamen, ut plenus sit ac perfectus acquisitionum numerus, etiam praetoriarum acquisitionum numerus addatur necesse est : *Puggé* Rhein. Mus. II. p. 294 sqq. — De ea vero quaestione, num et quatenus ex jure gentium acquisitionibus dominium civile nasci potuerit, vid. et inter se cfr. *Unterholzner* Rhein. Mus. I. p. 132 sqq. (§ 2.). — *Puchta* in ephemeridib. jur. Erlang. T. IV. p. 133—139. — *Mayer* in ephemeridib. jur. Tub. IV. p. 69—72.—*Puggé* l. l. p. 298 sq.—*Schilling* Bem. üb. röm. R. G. p. 58—69. et p. 155 sq. — *Zimmern* Rhein. Mus. III. p. 348 sqq. (Nr. IV.) et caeteros § 245. not. 7. laudatos.

1a) « Accessorium sequitur principale. »

2) L. 20 in f. D. *h. t.* — L. 8. C. *de a. v. r. p.* (VII, 32.) — L. 6. C. *si quis alt. v. sibi.* (IV, 50.) *Auctoris* Cession § 10. p. 79. nr. 1. ed. 2. — Cf. et supra § 131. not. 2.

3) Hujus acquisitionis causa in novae speciei effectione (L. 7. § 7. D. *h. t.*) posita est. Unde apparet, parum sibi constare eos, qui, cum accessionem esse acquisitionis modum, *quo vi ac potestate rei nostrae acquiratur dominium*, ipsi dicere consueverint, tamen inter accessionum species referendam esse specificationem censeant.—Cf. *Haenel* § 23. — *Seuffert* Erört. II. p. 17. — *Schilling* Bem. über röm. R. G. p. 165 — 167.

3a). De accessionis in naturalem, industrialem, mixtam divisione vid. *Hoepfneri* Commentar. § 308 sqq.

§ 250.

(*) *J. N. Hertii* D. de conventionibus dominii translativis (opp. Vol. I. T. III. p. 44 sqq.).—*Wenck* D. (§ 239. not. 4.) laud. — *Regenbrecht* D. infra (not. 14.) laud.

1) § 40. I. *h. t.* — L. 20. C. *de pact.* (II, 3.) — L. 1. pr. D. *de pign. act.* (XIII, 7.)

2) L. 20. § 1. D. *h. t.*

3) a) § 2. I. *quib. alien. lic.* — L. 20. pr. D. *h. t.* (Caeter. vid. pr. I. *de usuc.* et cf. infra § 269.) — b) §. 42. 43. I. *h. t.* — L. 46. D. *h. t.* — § 1. I. *quib. alien. lic.*

nium in accipientem transferre velit [4]); accipiens vero, cum jure gaudeat ejus rei acquirendae (§ 213. not. 6.), tum eo animo sit, ut sibi aliive acquirat [5]). 2) *Causa* autem appareat justa, i. e. dominio transferendo per se quidem habilis [6]), nec ad prohibitarum alienationum genus referenda [7]). Nam id non utique desideratur, ut ejusmodi sit causa, quae dominii transferendi efficiat obligationem atque actionem [8]). Denique 3) ad formam modumque quod attinet traditionis, similis est dominii et possessionis causa [9]). Quoniam igitur ad possessionem transferendam non omnino necessaria est corporalis rei apprehensio (§ 239. I.), ideo recentiores *veram* s. *propriam traditionem* separare solent cum a *jurium quasi traditione* (§ 236. not. 4.), tum vero a *ficta;* hujusque ipsius triplicem statuere speciem: unam, quae *longa manu* fiat [10]), alteram, quae *brevi manu* [11]), tertiam, quam quidem *symbolicam* vocant [12]).—Quodsi error admissus est in traditione, eatenus plerumque impeditur dominii translatio, quatenus aut in corpore erratum est [13]), aut in dominio [14]). Igitur qui aliis ex causis interveniat error, non impedit, quo minus dominium transeat in accipientem [15]), quamvis *condici* possit, quod ita datum est [16]). Caeterum et sub conditione perfici potest traditio; quae quidem efficit, ut, simulatque exstiterit conditio, res incipiat esse accipientis [17]).

§ 251. b) *Acquisitionum species, quae unius facto perficiuntur: α) occupatio.*

Occupatio est rerum, quae sunt nullius, sive mobilium moventiumque, sive immobilium, cum affectione dominii facta apprehensio [1]). Occupando igitur in

4) L. 9. § 3. et 4. D. *h. t.*
5) Arg. L. 55. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 13. pr. L. 20. § 2. D. *h. t.* (Cf. supra § 250.)
6) L. 31. pr. D. *h. t.* — Vid. et § 41. I. *h. t.* — Cf. inprimis *Hertii* D. supra (not. *.) laud.
7) Velut L. 3. § 10. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.)
8) Vid. a) L. 6. C. *si quis alt. vel sibi* (§ 249. not. 2.). — b) L. 10. C. *de resc. vend.* (IV, 44.) (§ 164. not. 2. ibiq. laud. script.) — *Auctoris* Cession p. 79. nr. 1. (ed. 2.). — Cf. *Warnkoenig* Archiv f. civ. Praxis IV, 4. et scr. not. 14. laudd.
9) De ea vero quaestione: num ad dominium transferendum vacua possessio utique necessaria sit? Cf. *Ulr. Huber* digress. P. II. Lib. II. c. 5. et scriptores supra § 239. not. 4. laudd.
10) Propter L. 79. D. *de solut.* (XLVI, 3.) («— rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut — — — mea esse incipiat: nam tum, quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur, adquisita mihi *et quodammodo longa manu tradita* existimanda est.») — Quo nomine similes rerum immobilium traditiones a recentioribus prae caeteris appellari solent, velut « si vicinum mihi fundum venditor ex — turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat.» L. 18. § 2. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.)
11) § 44. I. *h. t.* — Vid. § 239. (II, 4,) — et § 240. not. 9.
12) *Westenberg* Pr. jur. Dig. XLI, 1. § 160 — 162. — *Püttmann* misc. c. 30. — Sed et supra § 239. not. 1.
13) L. 34. pr. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — Vid. not. 61. ed. Geb. Sp. — Cf. et *Westphal* Arten d. Sachen etc. p. 116. — L. 2. § 6. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — Caeter. vid. L. 34. § 1. *de a. v. a. p.* — Cf. *Em. Hoffmann* Civ. Vers. (Darmst.) 1835. p. 129 sqq.
14) L. 15. § 2. D. *de contr. emt.* — L. 3. § 8. D. *de c. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) — L. 35. D. *h. t.* (« Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio: *quia nemo errans rem suam amittit.*» — Caeterum cum ex alius mandatu facta est traditio, vindicanti obstat doli exceptio. — L. 49. D. *mandati* (XVII, 1.) et *Auctoris* Cession § 13. p. 130 sqq. (ed. 3.)
15) L. 36. D. *h. t.* (vid. et not. seq.). — Cui contraria non est L. 18. pr. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) — Vid. *Averanii* interpr. jur. Lib. I. c. 17. or. 7 sqq. — Cf. et *Ulr. Huber* digress. P. II. Lib. II. c. 6. — *P. d'Orville* D. ad L. 18. D. *de a. r. d.* (in *Oelr.* thes. Diss. in acad. belg. hab. Vol. I. P. III. nr 27.) c. 3. — *M. E. Regenbrecht* comm. ad L. 36. D. *de a. r. d.* et L. 18. *de R. Cr.* Berol. 1820. 8. — *Seuffert* Erört. II. p. 23 – 27.
16) L. 9. § 1. L. 14. D. *de c. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) — L. 1. § 1. L. 22. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)
17) L. 38. § 1. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — L. 2. § 5. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — L. 16. D. *de per. et comm. rei vend.* (XVIII, 6.) — Cf. *J. N. Hertii* Disq. de reservat. dominii v. hypoth. in re vendita (opp. Vol. II. T. III. p. 94 sqq.). — *Glück* Pand. XVI. p. 229 sqq.

§ 251.

1) L. 3. pr. D. *h. t.* — Cf. *Seidenstickeri* comm. de fundam. jur. supr. pol. circa adespota (supra § 219. not. 4. laud.)

dominium rediguntur 1) ferae bestiae, volucres etiam ac pisces; nec quicquam interest, utrum eas in suo fundo quis capiat, an in alieno [2]), tum certe, cum non aut in vivariis inclusae aut in piscinas conjecti inveniuntur [3]). Idemque dicendum de apibus, antequam a nobis alveo concludantur, hoc pacto, ut etiam favos, si quos fecerint apes, sine furto quilibet possidere possit [4]). Potest quidem jure prohibere dominus, ne fundum suum alius ingrediatur [5]). Quodsi vero nihilominus, qui prohibitus est, ingressus sit fundum, quamvis actionibus contra eum, quae in ejusmodi factum accommodate conveniant, uti possit dominus [6]), tamen animalia ejus fient, qui ea ceperit [7]). Neque vero vulneratam esse feram sufficit, ut in alicujus potestatem redigatur, sed etiam possessionis apprehensio, sive manu sive laqueo facta, necesse est accedat [8]). Quo quidem facto, cum naturalem receperit libertatem animal, rursus fiet occupantis. « Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio » [9]). Ea autem animalia, quae, cum per se quidem in ferorum numero sint, tamen ex consuetudine abire et redire solent, eousque nostra esse intelliguntur, quamdiu revertendi animum habent; quodsi consuetudinem deseruerint revertendi, desinunt esse nostra itemque fiunt occupantis [10]). Caeterum aut furti tenetur aut in factum actione, qui animal ferum vel mansuefactum, quoad in alius est dominio, vel abstulit vel custodia dimisit [11]). Praeterea 2) aliae quoque res ex mobilium genere dominio subjiciuntur occupantis, sive per se sunt nullius, ut lapilli, gemmae, aliaque, quae in litore inveniuntur [12]), sive a dominis derelictae [13]); quae quidem acquisitionis species *inventio* solet appellari. A qua 3) etiam differt *occupatio bellica*, ut vocatur. Quaecunque enim *singuli* capiunt ex hostibus, ea jure gentium fiunt occupantium [14]). Idque vicissim concessum erat hostibus, ut etiam Romanorum aut personas aut res occupando suas facerent, eatenus quidem, ut postliminio restitui possent pristina jura [15]). Denique 4) et res soli occupantibus conceduntur, eaeque tales, quae aut in nullius adhuc fuere dominio [16]), aut a dominis de-

2) L. 3. § 1. D. *h. t.*

3) L. 3. § 14. 15. D. *de a. v. a. p.* — *Savigny* Besitz § 31. p. 359. not. 1.

4) L. 5. § 2. 3. D. *h. t.*—§ 14. I. *eod.*

5) L. 3. § 1. D. —§ 12. I. *h. t.*

6) Velut interdictis uti possidetis vel unde vi. L. 11. D. *de vi.* (XLIII, 16.)— Preaterea et injuriarum actio locum habet. Nam licet L. 13. § ult. *de injur.* (XLVII, 10.), ad quam vulgo provocari solet, de eorum jure intelligenda sit, qui rebus omnium hominum communibus uti prohibentur, tamen et propter prohibitum privatarum rerum usum injuriarum actio datur. L. 25. D. *de act. emti vend.* (XIX, 1.)

7) Cf. *Vinnius* ad § 12. I. *h. t.* nr. 3.

8) § 13. I.—L. 5. § 1. L. 55. D. *h. t.*

9) § 12. inf. I. *h. t.*

10) L. 5. § 5. D. *h. t.* — § 15. I. *eod.* — Cf. L. 5. § 4. D. *h. t.* «Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, *eo usque nostrum esse intelligitur, donec in conspectu nostro est, nec difficilis ejus persecutio est*: alioquin occupantis fit.» — Nam redeundi animum videntur deposuisse, cum ad unum omnes evolaverunt. — At aliter alii rem explicant. Vid. v. c. *Hoefner* Comment. § 300. not. 5.

11) L. 55. D. *h. t.* — *Westphal* iEigenth. § 372.

12) § 18. I. *h. t.* — L. 1. § 1. in f. D. *de a. v. a. p.*

13) § 47. I. *h. t.* — L. 1. et 2. D. *pro derelicto.* (XLI, 7.)—*Majansii* Disp. T. 1. Nr. XVI.—De quaestione L. 44. § 10. D. *de furtis* (XLVII, 2.) proposita vid. *Majansium* l. l. § 3., eundemque de L. 8. D. *pro derel.* — Praeterea observand. a) posse etiam partis fieri derelictionem, scil. a socio. L. 3. D. *pro derel.* — b) Dominorum permanere res, quae levandae navis causa ejiciantur, § ult. I. *h. t.* — L. 7. D. *pro derel.*; contra vero c) eas haberi pro derelictis, quas quis in vulgus sparserit, eo quidem animo, ut primi cujusque fiant occupantis. L. 5. § 1. D. *pro derel.* — § 46. I. *h. t.* — Caeter. vid. *Vinnius* ad § 45. (46.) Inst. *h. t.* et *L. L. Wesenfeld* diatr. de sparsione missilium (in *Oelr.* thes. Diss. jur. in acad. belg. hab. Vol. II. T. 1. nr. III.).—*Majansii* Disp. T. I. Nr. XV.

14) § 17. I. *h. t.* — L. 51. § 1. D. *h. t.* — Caeter. vid. a) L. 20. § 1. D. *de captiv. et postlim.* (XLIX, 15.)—b) L. 31. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — L. 13. D. *ad L. Jul. pecul.* (XLVIII, 13.) — Cf. *Vinnius* ad § 17. I. *h.* I. nr. 2. 3. et *Mayer* in Zeitschr. für gesch. R. W. T. VIII. p. 73 sqq.

15) L. 4. L. 3. § 1. D. *h. t.* — L. 2. § 2. *eod.* — L. 2. *eod.*

16) L. 7. § 3. D. *h. t.*

relictae sunt [16a]). Quos vero deseruerit neglexeritque dominus agros, haud certa derelinquendi affectione, eos non illico acquiret occupans, sed tum denique, cum triginta annorum spatium, ex quo occupavit possessionem, elapsum est [17]).

§ 252. β) *Specificatio.*

Specificatio est factum, quo quis nova specie ac forma [1]) induit rem, hoc quidem animo, ut sibi eam habeat [1 a]). Qua de re cum inter se dissentirent Sabiniani et Proculejani, illis quidem materiae domino, his vero novae speciei effectori rei dominium tribuentibus, media Justiniano placuit existimantium: si ad priorem speciem reduci commode possit nova forma, non mutari dominium, si quidem tota ad alium pertineat materia; sin vero aut pristina revocari nequeat species, aut partim ex sua partim ex aliena materia confecta sit, ejus esse dominium, qui eam effecerit [2]). Quemadmodum autem novam non videtur effecisse speciem, qui nihil fecit, nisi ut eam, quae inerat rei, detegeret [3]): sic nec is, qui alium rei induxit colorem [4]). Neque vero quicquam interest, utrum bona an mala fide egerit aliquis, quod quidem ad dominii causam attinet [5]), quamvis illud scire permultum valeat ad alias definiendas quaestiones, quae item sunt hujus loci. Nam qui mala fide formam mutavit rei alienae, aut ad exhibendum aut furti actionibus ad damnum datum cum omni causa resarciendum tenetur [6]); furi etiam condici res potest, hoc pacto, ut ne impensae quidem in rem factae ei restituendae sint [7]). Quodsi in bona fide is est, cui per specificationem res quaesita est, si culpa quidem caret, non nisi in id, quod locupletior factus est, conveniri poterit, sin secus, ex Lege Aquilia utiliter cum eo agetur [8]).

16a) [Propter L. 1—6. D. *pro derel.* quae et ad immobiles referendae sunt.—E. G.]

17) L. 11. C. *unde vi* (VIII, 4.) et cf. § 241. not. 9. et § 244. not. 5. — [Ad eam, quam prima Pandectarum doctrinae editione professus erat, sententiam reversus est *Auctor*, qui tertia editione *Balthornum* (observ. ad L. 8. C. *de omni agro deserto*. Goett. 1803.) sequutus, hac constitutione de fundis patrimonialibus et vectigalibus solis tractari affirmaverat. Opinionem veram nuper defendit *Guyet* (Archiv f. civ. Pr. T. XVII. p. 52 sq. Nr. III.) qui quidem legis 11. C. *unde vi* rationem non habuit; quem locum interpretaturus *de Savigny* (Besitz § 43. Nr. C.) Legem 8. cit. prorsus neglexit. Neque scrupulum evulsit *Hugo a Porte Ravennate* (Glossa ad L. 11. C. *unde vi*) qui L. 11. cit. ad eos, quibus solo animo retinetur possessio, casus referendam esse putat; nam vid. L. 6. § 1. D. *de a. v. a. p.* — Quas constitutiones interpretari frustra ausi simus, nisi Legem 8. cit. referamus et ad derelictos et ad vectigales agros. Neque vero derelicti sunt agri eo solo, quod dominus colere eos desiit. — De *publico compendio*, cujus L. 8. cit. mentio fit, vid. *Leyser* med. ad Pand. Sp. 443. med. 3. et *Steuben* rechtl. Bed. T. II. nr. 73. — E. G.]

§ 252.

1) Vid. § 25. I. *h. t.* — *Brachylogus* Lib. II. Tit. V. (ed. *Bocking*.)

1a) Nam vid. L. 25. D. *h. t.* — L. 7. § 8. L. 27. § 1. *eod.*

2) § 25. D. *h. t.* — Cf. L. 24. L. 26. pr. D. *h. t.* —Caeter. vid. L. 61. D. *de R. V.* (VI, 1.) — Cf. *Westphal* l. l. § 452.

3) L. 7. § 3. in f. D. *h. t.*—Caeter. cf. § 25. I. in f. *h. t.* et supra § 71. not. 14.

4) L. 26. § 3. D. *h. t.*

5) Scilicet secundum juris recepti rationem (vid. § 25. et § 26. in f. I. *h. t.*); cui etiam convenit *Ulpiani* locus L. 9. § 3. D. *ad exhib.* (X, 4.)—Etenim hac quoque de re controversias fuisse agitatas inter veteres JCtos, apparet cum ex L. 12. § 3. *ad exhib.*, tum vero ex L. 4. § 20. D. *de usurp.* (XLI, 3.), qui quidem uterque locus *Paullo* debetur. — Vid. imprimis *W. Sell* Versuche im Gebiete des Civilrechts. T. I. (Giessae 1833.) Nr. V. — Cf. et *Dirksen* Beiträge p. 60 sqq. Nr. IV.

6) L. 4. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 9. § 3. D. *ad exhib.* (cf. L. 9. pr. § 1. 2. 4.—L. 14. *eod.*—L. 1. in f. D. *de tigno juncto.* (XLVII, 3.)—§ 3. in f. I. *de off. jud.*). — Vid. et not. seq.

7) L. 52. § 14. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 13. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.)—Cf. *Schol. Basilic.* VII. p. 265. not. u.

8) Arg. L. 3. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)—L. 27. § 14. in f. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) —L. 9. § 3. in f. D. *ad exhib.*

§ 253. γ) *Fructuum perceptio* (*).

Fructuum perceptio duplici dicitur modo. Nam vel simpliciter refertur ad acquisitionem fructuum, eam quoque, qualem habent dominus et bonae fidei possessor [1]), vel ad factum perceptionis [2]). Quo quidem sensu hic utimur. Igitur qui res alienas tenent iisque utuntur fruuntur, ut usufructuarius, ut colonus, prius fere non efficiuntur fructuum domini, quam si aut suis ipsorum aut administrorum factis eos perceperint [3]). At vero pecudum fructus, hi quidem, qui sola naturae ope edi solent, velut partus animalium, statim pleno jure illorum fient [4]).

§ 254. 2) *Accessionis species;* a) *fructuum proventus.*

Rei nostrae beneficio acquirimus eum quae ex illa proveniunt, tum vero quae extrinsecus eidem accedunt (§. seqq.). Fructus igitur, sive rei proventus (§ 227), a domino quidem acquiruntur simulatque exsistunt [1]), a bonae autem fidei possessore, tum etiam ab emphyteuta, illico ut separati sunt, quocunque aut cujuscunque id acciderit facto [2]). Nec industriales solum verum et naturales fructus acquiruntur bonae fidei possessori [3]). Quamvis autem usucapione non fere egeat, ut dominium eorum acquiratur bonae fidei possessori [5]), tamen una cum re principali fructus quoque petuntur, eatenus quidem, quatenus adhuc exstant

§ 253.

(*) De hujus et de seq. §phi argumento, s. de fructuum *acquisitione*, omnino cf. *de Savigny* Besitz § 22*a*. — *Unterholzner* Archiv f. civ. Praxis XVIII. Nr. XIII. p. 309 sqq. — *F. G. E. Backe* D. bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. 8. (*Zimmern* in ephem. jurid. Erlang. T. II. p. 237 — 245. — *Huschke* in ephemerid. jur. Tub. T. II.)

1) § 35. I. *h. t.* — L. 25. § 1. 2. D. *de usur.* (XXII, 1.)

2) De quo vid. L. 78. D. *de R. V.* (VI, 1.)

3) L. 13. in f. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (VII, 4.)—L. 25. § 1. inf. D. *de usur.*—§ 36. I. *h. t.* (« — Eadem *fere* et de colono dicentur. » At particulam *fere* tanquam supervacuam, delendam esse putat *Theophilus* [paraphr. ad h. l. in f.], seu quicunque is est, qui illud adsuit Theophilo. Vid. tamen not. n. ad h. l. in edit. *Reitz.* — *Vinnius* ad h. § nr. 4. — *Ulr. Huber* ad Inst. Lib. II. Tit. I. § 50. post med.) — Praeterea vid. a) L. 26. § 1. D. *de furtis.* (XLVII, 2.) (*Backe* l. l. p. 114. nr. 39 — 41.). — b) L. 63. § 8. D. *eod.* (*Backe* p. 115 sq. nr. 37. 38.).

4) Dissent. *Unterholzner* l. l. p. 354 sq. — At sit quidem, licet, « agnos, et hoedus, et vitulos statim pleno jure esse bonae fidei possessoris et fructuarii » (L. 28. pr. D. *de usur.* XXII, 1.), ideo dici, ut intelligatur, non opus esse usucapione, ut earum rerum dominium acquiratur; tamen nihil impedit, ut eodem utamur argumento, ad illud defendendum, quod ipsi naturali rationi quam maxime esse conveniens videtur. — Cf. *Vinnius* ad § 37. I. *h. t.* init.

§ 254.

1) *Savigny* l. l. Nr. I. — *Backe* l. l. p. 115 - 118. Nr. III.).

2) L. 13. in f. D. *quib. m. ususfr. am.* (VII, 4 —L. 25. § 1. et L. 28. pr. D. *de usur.* (XXII, 1.)— L. 48. pr. D. *h. t.*—De tempore autem, ex quonam aestimanda esset bona fides, jam inter veteres JCtus dissensio fuit: L. 25. § 2. D. *de usuris* coll. cum L. 23. § 1. L. 40. et L. 48. § 1. D. *de acq. rer. dom.* —*Savigny* l. l. p. 277. not. 1.—*Backe* l. l. p. 148 —155. (Nr. II.); qui quidem cum Pomponio aliisque rectius sentit, cessare fructuum acquisitionem simulat cognoverit rem alienam possessor. — Cf. et *C. A. Moellenthiel* über die Natur des guten Glaubens p. 65 sq. not. 182.

3) L. 48. pr. D. *h. t.* — Neque contraria est aut ratio in § 35. I. *h. t.* allata: (« fructus — ejus esse pro cultura et cura. ») — Vid. *Pothier* Pand. Justin. Tit. *de usur.* nr. IV. not. a. T. II. p. 618.), aut L. 45. D. *de usur.* — Vid. *Vinnius* sel. qu. I, 23. in f. — *B. Branchu* obs. Dec. I. c. 3. in f. — *Noodt* Pand. Tit. *de R. V.* (opp. II. p. 161.).)— *Pothier* Pand. Justin. Tit. *de donat. int. V. et U.* nr. 67. not. b. (T. II. p. 50.). — *Majansius* ad triginta JCtur. fragm. T. I. p. 382. § III. —Dissent. *Ulr. Huber* prael. ad Inst. h. t. § 46. 47. et *Unterholzner* l. l. p. 337—341.

4) Excipitur enim ancillae partus, tum vero pecudum foetura, quatenus quidem grex ex ea supplendus est, cf. L. 49. § 5. 6. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 4. § 19. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — L. 28. D. *de usur.* (XXII, 1.) — *Unterholzner* l. l. p. 315 — 320. p. 334 — 336.

5) L. 25. D. *de usuris.*—L. 28. pr. *eod.* (« — *statim pleno jure* sunt bonae fidei possessoris *et fructuarii.* ») — L. 48. pr. D. *de acq rer. dom.* (« statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt. »). § 2. *eod.* — L. 49. § 6. D. *de furtis.* (« Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numerantur in fructu. ») — Cf. et not. 7. — *Backe* l. l. Lib. I. p. 14 - 51. — Dissent. *Savigny* l. l. p. 272. (Nr. III.),

apud possessorem[6]); atque hoc est, quod dicitur: bonae fidei possessorem fructus ex re aliena suos *interim* facere[7]). Consumtorum vero nomine ne id quidem petet rei dominus, quod locupletior inde factus est possessor, siquidem lucro ipsius cedere fructus, quos quidem consumsit aliove modo in suam rem convertit, diserte scriptum est[8]).

§ 255. b) *De iis, quae extrinsecus rei accedunt. a) Immobilium rerum accessio* (*).

Triplex potissimum est accessionum genus, quibus incrementum adjiciatur agris, arcifiniis illis quidem[1]), *insulae accessio, alvei mutatio, alluvio.* Et 1) insula quidem flumine publico (§ 218. not. 12.), enata eaque cum ipsius fluminis alveo cohaerens[2]), eorum, qui prope ripam incolunt, accrescit fundis, pro modo latitudinis cujusque praedii, scilicet secundum ripam; hoc pacto, ut, quanta insulae pars utriusque ripae incolis adsignetur, ex medio fluminis aestimanda sit, tum nihil quicquam ad alteros, nisi medium alvei superet insula, pretinere possit[3]). Similis est 2) alvei mutati causa. Nam alveus, quem flumen dereliquit, iis cedit, qui finitima habent praedia, item divisione facta pro certis cujusque regionibus. Quoniam autem novus alveus ejus juris esse incipit, cujus et flumen est sequitur, ut, si rursus in priorem locum cogatur aqua, non ad eum redeat, cujus forte totum agrum occupaverit flumen, sed eorum fiat, qui prope ripam praedia possident[4]). At vero inundatione, i. e. amnis super ripam effusione, dominium nec mutatur nec adjicitur[5]), non magis quam circumluvione[6]). Praeterea 3) quod per alluvionem agro flumen adjicit, i. e. quod ita paullatim adjungitur, ut intelligi non possit, quantum quoquo temporis momento adjiciatur, ei statim acquiritur, cujus agro adjectum est[7]). Quodsi vero aut vi fluminum

itemque (quod quidem ad naturales fructus attinet). — *Unterholzner* l. l. p. 337—341.

6) § 35. I. *de rer. div.* (« si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. ») — § 2. I. *de offic. jud.* — L. 4. § 2. D. *fin. regund.* (X, 1.) — L. 22. C. *de R. V.* (III, 32.) (« Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere *cum ipsa re praestare*, bonae fidei vero *extantes*. ») — Atque iterum dissentit *Unterholzner* tum industrialium fructuum nomine (p. 324. et p. 329 sqq.), tum vero usucaptorum (p. 329. et p. 342.). — At de usucapione fructuum a bonae fidei possessore perceptorum ex nostra quidem sententia (not. 5.) quaeri plerumque (nam vid. not. 4.) nequit. — Cf. *Zimmern* l. l. p. 243. et *Backe* Lib. IV. c. 5. per tot. (p. 170 sqq.). — Vid. et *Zimmern* in Rhein. Mus. III. p. 352 sq.

7) L. 48. pr. D. *de acq. rer. domin.* — Ac simili ratione dicitur L. 40. in f. *eod.* « fructus praediorum *consumtos suos facit* bonae fidei possessor. »

8) L. 4. § 2. D. *fin. reg.* « — *lucrari* eum oportet, si eos consumsit. » — *Vinnius* sel. qu. I, 26. — *Hoepfner* Comment. § 333. not. 5. — *F. T. Eckenberg* D. de publ. in rem act. *rel.* (Lips. 1821. 8.) P. II. c. 3. — Dissent. cum aliis *Ulr. Huber* in prael. ad Instit. h. t. § 47. 48. et in Digress. Justin. P. II. Lib. II. c. 4., maxime propter verba § 35. I. h. t.: « placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. » — Caeter. secus est in hereditatis petitione: L. 40. § 1. D. *de hered. pet.* (V, 3.)

§ 255.

(*) *C. H. G. Koechy* civilist. Erört. I, 1.

1) L. 1. § 6. D. *de fluminib.* (XLIII, 12.) — L. 61. D. *h. t.* — Cf. *Niebuhr.* R. G. II. p. 381 sqq.

2) L. 65. § 2. D. *h. t.* — *Vinnius* ad § 22. I. nr. 2.

3) Cf. § 22. I. *h. t.* — L. 7. § 3. L. 29. D. *eod.* — L. 1. § 6. D. *de flum.* — Dissent. *Koechy* l. l. p. 24. — Cf. L. 65. § 1. D. *h. t.* (Labeo lib. 6. Pithan. a Paulo epit.) « Si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est. Paulus: immo in eo genere insularum, ripae flumini et litora mari proxima publica sunt, non secus atque in continenti agro idem juris est. » — § 4. » Labeo — : si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. » Vid. *v. de Water* obs. I, 7. — *J. P. d'Orville* D. ad L. 65. D. *de a. r. d.* (ap. *Oelr.* thes. Diss. belg. Vol. I. T. III. nr. 26.). — *Koechy* l. l. p. 25 — 50. — *Gesterding* Eigenthums-Recht p. 201. — De ipsius insulae accessionib. vid. L. 56. pr. L. 65. § 3. D. *h. t.* — Cf. *Gesterding* p. 205 sqq.

4) L. 1. § 7. D. *de fluminib.* — § 23. I. *h. t.* — L. 7. § 5. D. *eod.* (« — — — quia vicinum praedium nullum habet (dominus), non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere: *sed vix est, ut id obtineat.* » — *Noodt* prob. I, 1. § 1. — *Westphal* § 421. — Dissent. *Gesterding* p. 211.

5) § 24. I. *h. t.* — L. 7. § 6. D. *eod.*

6) L. 7. § 4. D. *h. t.* — L. 30. § 2. *eod.*

7) L. 7. § 1. D. *h. t.* — L. 12. pr. D. *h. t.*

aut alio quodam naturae casu alieni fundi pars ad alium translata est, huic non prius acquiretur, quam cum terra coluerit [8]).

§ 256. β) *Mobilium ad res soli accessio* (*).

Cum solo ea cedant, quae cum illo cohaerent (§. 225. nr. 2.), sequitur 1) ut aliena planta vel arbor ejus fiat, cujus in fundo posita sit, dummodo ibi terra coaluerit sive radices egerit [1]). Nec vero eruta ad priorem dominum revertitur, cum quodammodo alia facta sit arbor alienae terrae alimento [2]). Ex quo etiam illud efficitur, ut arbor in confinio posita, utriusque domini, cujus ex terra et enascitur et alitur, communis sit, scil. pro regione cujusque praedii; nam eruta communis fiet pro indiviso [3]). Simili autem ratione 2) et quae sata sunt, solo cedunt [4]). Et in utraque hac causa, si fundi dominus insevit arborem vel semen alienum, aut utili in rem s. in factum actione ad damnum datum resarciendum tenetur [5]), aut furti adversus eum agi poterit [5] *a*). Quodsi quis alienum consevit agrum sua impensa, si quidem bona fide, id fecit, h. e. dominum se esse existimans [6]), per doli exceptionem *adversus dominum* fundum suum *vindicantem* servare poterit sumtus; sin aut mala fide aut donanti animo egit, prorsus nullum ei ad impensarum restitutionem comparatum est auxilium [7]). 3) Id quoque, quod alieno solo inaedificatum est, jure pertinet ad areae dominum, sic tamen, ut dissoluto aedificio rursus redeat ad pristinum dominum [8]). Jam vero si dominus in suo aedificavit aliena materia, quamdiu in suo statu permanet aedificium, qui dominus fuit materiae, nec vindicare eam nec ad exhibendum agere potest, sed actio ei prodita est *de tigno juncto*, quo duplum consequetur ejus, quod ipsi

8) L. 7. § 2. D. *h. t.* — § 21. I. *eod.* (cf. *Vinn.* ad eand. §).— L. 9. § 2. D. *de d. inf.* (XXXIX, 2.) — *Koechy* l. l. p. 1—19. — Aliter res explicatur in Themis ou biblioth. du Jurisconsulte T. VI. p. 143 sqq. [De hac accessionis specie loquentes recentiores verbis: *Incrementum latens et patens* (alluvio — avulsio) uti solent. — Vid. *Ludovici* doctr. Pandect. Tit. *de acq. rer. dom.* § 14. 15. — E. G.]

§ 256.

(*) [Accessionis, quae hoc et sequente §§ tractantur, species *adjunctionis* nomine recentiores complecti sunt. — E. G.]

1) L. 7. § 13. D. *h. t.* « — His conveniens est, quodsi vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem —». Cf. § 31. I. *h. t.* (« si vicini arbor ita terram Titii presserit — »). — *Westphal* § 465. — *Hoepfner* § 327. not. 3.

2) L. 26. § 2. D. *h. t.*

3) L. 7. in f. L. 8. pr. D. *h. t.* — L. 19. pr. D. *comm. div.* (X, 3.) (cf. L. 6. § 2. D. *arbor. furt. caes.* (XLVII, 7.) « Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit; agere autem licebit: non esse ejus, sicuti tignum aut protectum immissum habere.» Basil. VII. p. 391. et *Schol.*, mancum illud quidem, p. 295. l.). — Caeter. idem et in lapidibus aliisque, quae terra nascuntur, jus necesse est obtineat. Vid. et L. 8. § 1. D. *h. t.*

4) L. 9. pr. D. *h. t.* — L. 11. C. *de R. V.* (III, 32.)— L. 25. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.)—Cf. *Gesterding* p. 237. not. 5.

5) [Quum rara inveniantur fragmenta, quibus de his casibus tractent, JCti ad analogiam refugiamus necesse est. Altero, quo de casu nostro disseritur, loco (L. 5. § 3. D. *de R. V.*) ea, quae ad damnum datum resarciendum datur, *utilis* est *in rem actio*; altero (L. 23. § 5. *eod.*) legitur: « Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, *in factum* actio necessaria est. » —Ex quo nobis sequi videtur · *a*) eandem esse hanc in factum, quam utilem illam in rem actionem. (Vid. et § seq. not. 3. *b*) ad exh. actionem, Lege 23. § 5. cit. laudatam, eum in finem dari, ut rem nostram ex alieno nobis auferre liceat, neque vero ut damnum datum resarciatur. (Vid. § 458, not. 3.) Procul enim dubio est eandem et datam fuisse, quum mala fide factum fuerit (arg. L. 9. § 3. in. f. D. *ad exhib.* et not. 9. in f.)—Caeterum, quum de eo, quod dominus petere possit, agitur, nomen actionis minus, quam causam obligationis i. e. ejus, qui obligatur, bonam vel malam fidem, spectare debemus; quamobrem recte laudanda L. 3. D. *de cond. indeb.* (« bonae fidei possessor, in quantum locupletior factus est tenetur.»)—E. G.]

6) Quod si quis sciens rem alienam consevit coluitque, nisi id donandi animo fecerit, negotiorum nomine agere plerumque poterit.—Cf. et not. seq. et not. 11.

(7) L. 9. pr. D. *h. t.*—L. 11. C. *de R. V.*—L. 14. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)

(8) § 29. 30. I. *h. t.*—L. 2. et 16. C. *de R. V.*— L. 2. D. *de tigno juncto*.

abest [9]. Quodsi in alieno solo aedificavit materiae dominus, simili utitur jure ac si quis plantas seminave alieno insevit fundo [10]. Sin vero dissolutum fuerit aedificium materiae utique eam vindicare poterit, etiamsi mala fide fecerit, nisi si donandi animo impositae sint aedes [11].

§ 257. γ) *Mobilium rerum ad mobiles accessio.*

Fieri etiam potest, ut mobilium rerum inter se conjunctione facta dominium quaeratur atque altera cedat alteri, ut principali rei (§ 225. nr. 3.). Et duplex est causa, quae efficiat, ut in rei mobilis accessionibus sit alia ex eodem genere. Aut enim quae adjungitur tamquam pars adsignatur alteri, in quam quidem totius rei et notio et nomen cadat [1]; aut ejusmodi est, ut absque altera esse prorsus nequeat [2]. Qua tamen in re non per omnia sibi constiterunt juris nostri auctores, siquidem fuere, qui tabulam cedere picturae, ut pretiosiori rei, autumarent; quorum opinionem suam fecit Justinianus [3]. Neque vero semper eodem modo acquiritur dominium ejusmodi adjunctionibus. Nam si res conjunctae rursus separari possunt, salva cujusque natura atque integritate, dominium poterit revocari [4], scilicet ad exhibendum actione proposita domino adversus quemcunque possidentem, ut res separentur et tunc vindicentur [5]. Quodsi isto modo fieri nequit separatio, tum is, qui rei suae jacturam fecit, aut in factum actione utatur adversus dominum [6], aut, si quidem rem vindicet dominus, doli

9) L. 1. D. *de tigno j.* XLVII, 3. (*Gr. Majansii* Disp. Nr. XLVIII.). Cf. L. 7. § 10. D. *de acq. r. dom.* § 29. in f. I. *h. t.* (« Sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum agere. ») L. 59. D. *de R. V.* (VI, 1.)—Similis igitur est baec adquisitio ejusmodi acquirendi causis, quarum mentio fit Spho seq., *quae quidem adjiciunt dominium, at tale, quod revocari possit*, sic tamen, ut durante conjunctione agi nequeat, ut tignum solvatur. (cf. *Einert* de act. ad exhib.—Lips. 1826.—§ 60.). Caeterum ei acquiri dominium, cujus sit solum, testis est *Gajus* (L. 7. § 10. D. *de acq. r. dom.* et § 29. I. *h. t.*), qui « cum in suo solo, » inquit, « aliquis ex aliena materia aedificaverit, *ipse dominus intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit.* » Quae autem sequuntur verba: « Nec tamen ideo is, qui materiae dominus *fuit*, desiit ejus dominus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum agere »—, ex verissima Theophili (ad § 29 I. *h. t.*) interpretatione ita intelligenda sunt, quasi dixisset: non in perpetuum jure suo privari eum, qui materiae dominus fuerit, sed ad tempus duntaxat.—Jam vero, quamvis ad exhibendum actio solvendi tigni causa non datur, tamen exstincti dominii causa, i. e. ut damnum propterea datum plene ac perfecte resarciatur (*Einert* l. l. cap. III Tit. 3. et 4.), et ante rei solutionem et postea locum habere potest. L. 1. § 2. D. *de tigno juncto.* « Sed et ad exhibendum danda est actio; nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit junxitve; *non enim sic eum conveniemus, quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat.*—» Cf. *Einert* l. l. cap. III. tit. 3 et 4.

10) § 30. I. *h. t.*—L. 7. § 12. D. *h. t.* — L. 16. C. *de R. V.*—L. 33. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. 14. D. *de d. m. exc.* (XLIV, 4.)

11) L. 7. § 2. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.) — L. 2. C. *de R. V.*

§ 257.

1) § 26. I. *h. t.*—L. 23. § 2. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 26. § 1. D. *h. t.* — L. 6. L. 7. § 2. D. *ad exhib.* (X, 4.)(cf. § 225. not. 3.).—Caeter. Vid. L. 27. § 2. D. *h. t.* et *a Costa* ad § 26. I. p. m. 162. 163.

2) § 33. I. *h. t.*—L. 9. § 1. D. *h. t.*

3) Cf. L. 23. § 3. D. *de R. V.*— *Gaji* inst. II, 78. —L. 9. § 2. D. *h. t.*—§ 34. I. *eod.* (« — — — — At si is, qui pinxit, possideat, *consequens est* (?), ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur: quo casu si non solvat inpensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si b. f. possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. » — [Quae utilis actio, licet illi quae L. 5. § 3. D. *de R. V.* (§ 256. not. 5.) datur simillima, nihil aliud est quam rei vindicatio. Cf. *Vinnius* ad. § 34. I. h. t. Nr. 3. — *Marezoll* (in *Loehr* Magazin. T. IV. p. 366 sqq. Nr. 3) *pigneratitiam* actionem esse censet, quod quidem haud magis *consequens*. — E. G.]

4) L. 23. § 5. D. *de R. V.* « — Dicit, — si statuae suae ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi, et, quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. » — A cujus loci sententia minime abhorret L. 27. pr. D. *h. t.* « — si tuum scyphum alieno plumbo plumbaveris, alienove argento ferruminaveris, non dubitatur, scyphum tuum esse, et a te recte vindicari. » *Gesterding* p. 354. not. 5.

5) L. 23. § 5. D. *de R. V.* — L. 6. L. 7. § 2. D. *ad exh.* (X, 4.)

6) L. 23. § 5. D. *de R. V.* — L. 3. § 14. D. *ad exhib.* — (Cf. et L. 4. D. *de rei vind.*—L. 1. in f. D. *de tigno j.*; § 256. not. 9. in f.

exceptione, ut rei, quae accesserit, pretium consequatur [7]). Praeterea adversus eum, qui res alienas suis adjungendo furtum commisit, etiam furti actiones locum habere, id vix est, quod admoneatur [8]).

§ 258. 3) *Mixtum dominii acquirendi causarum genus.* a) *Thesauri acquisitio* (*).

Thesauri nomine hoc quidem loco [1]) appellantur res pretiosiores reconditae, quarum ignoratur dominus [2]). Acquiritur autem thesaurus partim occupationis partim accessionis jure [3]). Etenim 1) si quis aut in suo loco, aut in eo, qui est nullius [4]), invenit thesaurum, sibi totum quaerit, dummodo nullum adhibuerit scelerati puniendique artificii genus, quo quidem facto totus cedit fisco [5]). Quodsi 2) in loco alieno, vel fiscali, vel publico, inventio facta sit, idque fortuito quodam casu, altera pars ei cedit, qui invenit thesaurum, altera acquiritur domino, sive privatus is sit, sive fiscus, sive civitas [6]). Sin vero in fundo alieno *data ad hoc opera* repertus fuerit thesaurus, totus pertinet ad fundi dominum [7]).

§ 259. b) *Commixtio.* (*Confusio. Commixtio*) (*).

Commixtionum species, licet singulae singularibus acquirendi formis concludantur, tamen ad mixtum dominii acquirendi genus haud incommode referuntur, quoniam non una eademque in omnes convenit forma, sed nunc ad hanc, nunc ad illam singulae possunt revocari causae (§ 249. I, 3). Commiscentur vero aut liquidae res vel etiam liquefactae, quam quidem confusionem vocant, aut eae, quarum corpora manent discreta; eaque prae caeteris vocatur commixtio. Et I) confusione quidem aut inter plures communicatur, aut ad unum transfertur, aut in suo statu permanet dominium. Communicatur dominium aut utriusque domini voluntate [1]), in quo subest *traditio*, aut casu, quo quidem sine dominorum voluntate confunduntur materiae, sive ejusdem sive diversi generis [2]), aut unius dominorum facto, scil. res ex eodem genere confundentis [3]), idque licebit, inter accessionum species referre. Ad alterutrum dominorum totum pertinebit corpus, cum ex obligatione, quod itidem est traditionis genus, tum vero facto acquirentis, si quidem confusae sunt materiae, quarum ad suam speciem quaeque revocari nequit [4]); quam acquirendi formam specificationem vocant (§ 252). Quodsi separari possunt massae, nihil quicquam mutatur dominium [5]). II) Simi-

7) L. 23. § 4. D. *de R. V.* — § 33. I. *h. t.*
8) § 26. et 34. in f. I. *h. t.*

§ 258.

(*) Cod. (X, 15.) *de thesauris.*—*L. H. G. Koechy* civil. Erört. I. nr. 7. — *F. Ortloff* comm. jur. Rom. de thesauris. Erl. 1818. 8.
1) Nam vid. L. 22. pr. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — L. 15. D. *ad exhib.* (X, 4.) —L. 44. pr. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.)—*Savigny* Besitz § 17. p. 216 sq.
2) Cf. L. 31. § 1. D. *h. t.* (XLI, 1.)
3) Caeterum de thesaurorum acquisitione varia Impp. tempore subinde constituta sunt jura.—Vid. *Koechy* p. 158—207. — *Ortloff* p. 7—20.
4) § 39. I. *h. t.* — Caeter. vid. L. 3. § 10. D. *de J. F.* (XLIX, 14.)—Vid. *Koechy* p. 209—228. A quo dissent. *Ortloff* p. 21 sqq.
5) L. un. C. *h. t.*
6) § 39. I. *h. t.*—L. un. in f. C. *h. t.* — Vid. et a) L. 3. § ult. D. *de J. F.*—b) L. 63. pr. D. *h. t.* (XLI, 1.). — *Koechy* p. 228 sqq.
7) § 39. I. *h. t.*—L. un. in f. C. *h. t.* — Dissent. *Ortloff* p. 72 sqq. — [De thesauris, qui in rebus mobilibus reconditi inveniuntur vid. *W. Sell* Versuche. T. I. Nr. III.]

§ 259.

(*) Cf. *v. Buchholtz* Versuche Nr. X.
1) L. 7. § 8. D. *h. t.*—§ 27. I. *eod.*—Cf. *v. Buchholtz* l. l. p. 125 sqq.
2) § 27. I. in f. — L. 7. § 9. D. *eod.* — L. 3. § 2. L. 4. D. *de R. V.* (VI, 1.)
3) L. 3. § 2.—L. 4. D. *de R. V.*
4) L. 5. § 1. D. *de R. V.*
5) L. 3. § 2. L. 5. § 1. D. *de R. V.* — L. 12. § 1. D. *de h. t.*

liter commixtione, ut proprie dicitur, res aut communicantur, aut unius fiunt, aut suorum quisque corporum dominus retinet dominium. Enimvero ut aut communes efficiantur res, aut ad unum dominorum earum transferatur dominium, fieri plerumque nequit nisi ex traditione hujusque simili facto [6]). Nam si praeterea inter se commisceri contingat res solidas, licet oculis discerni ac designari nequeant singula corpora, tamen, quoniam suam quodque retineat naturam ac substantiam, placuit, communionis non effici obligationem, i. e. non communi dividundo actione partem alterum ab altero petere posse, sed per formulam petitoriam, scil. ut judicis arbitrio quantum cujusque fuerit, tantum ei adjudicetur [7]).

§ 260. B) *Civilium acquisitionum brevissima commemoratio.* (§ 249. II.)

Cum nulla ad acquirendum dominium jure Justinianeo prodita sit *solennitas*, qualem quidem et antiquiori tempore in mancipi rerum alienatione adhibendam fuisse constat, et nostris quoque temporibus in rebus immobilibus alienandis hic illic observari videmus, de *adjudicatione* autem in ea hujus doctrinae parte, quae de obligationibus est, commodius dicatur: duae tantummodo supersunt civilium acquisitionum species, de quibus hoc in loco dicatur, altera, quae lege, altera, quae temporis vetustatisque auctoritate nitatur. Et ad priorem quidem eas referendas esse putamus acquisitionum causas, quae, cum nec naturali ratione efficiant dominium, nec ulla in iis appareat transferendi dominii forma ac nota, ex lege simpliciter videntur descendere. Jam vero lege tribuitur dominium 1) nonnullis ideo, quod pecunia illorum quaesita est res [1]), praeterea 2) legatariis, aliisque, quibus mortis causa acquiritur [2]), denique 3) aliis nonnumquam eripitur, aliis ipso jure adjicitur dominium, idque tum propter secundas nuptias [3]), tum vero poenae nomine [4]). — Altera autem species, qua quidem vetustatis auctoritate adquiri dicebamus dominium, paullo uberius nunc erit tractanda.

6) L. 5. pr. D. *de R. V.* — Vid. et L. 68. in f. L. 69. D. *de usufr.* — *Heise* Grundr. ed. III. p. 47. not. 37.

7) § 28. I. *h. t.*—L. 5. pr. D. *de R. V.* «—— competit singulis in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cujusque esse. Quodsi voluntate eorum commixta sunt, tunc communicata videbuntur, et erit comm. div. actio.» — Cf. L. 1. D. *comm. div.* (X, 3.) — De eo autem, qui alienos nummos suis miscuit, vid. L. 78. D. *de solut.* (XLVI, 3.)—Cf. § 220. in f. et ibid. not. 8.

§ 260.

1) Vid. a) L. 2. D. *qu. ex facto tut.* (XXVI, 9.) — L. 3. C. *arbitr. tut.* (V, 51.) — Dissent. *Loehr* Magaz. IV. p. 140 sqq. — Cf. ib. p. 73 sq. (vid. infra § 305.). — b) L. 54. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — c) L. 55. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — d) L. 8. C. *de R. V.* (III, 32.) — Cf. *Zimmern* Rhein. Mus. III. p. 346 sq. not. 90.

2) L. 80. D. *de leg.* II. — L. 32. § 1. D. *de d. int. V. et U.*

3) Vid. v. c. L. 3. et 5. C. *de sec. nupt.* (V, 9.) et omnino infra locum de secundis nuptiis. (Lib. IV. c. I. in f. § 542.)

4) a) L. 14. D. *de publ.* (XXXIX, 4.) (§ 203. not. 16.)—b) L. 52. § 10. D. *pro soc.* — L. 4. C. *de aedif. priv.* (VIII, 10.)—c) L. 5. § 4. 5. D. *de repud.* (V, 17.) (Vid. infra locum de divortiorum incommodis § 541.) — Fuere olim et aliae dominii acquirendi causae, quae quidem ex lege proficiscerentur (velut § ult. I. *de donat.*), scil. praeter eas, quibus per universitatem succedendo rerum dominia quaerantur. — Cf. et *J. S. Brunnquell* D. de acquisit. dominii ex lege seu quae fit ipso jure (opp. Nr. XIII.) c. 1. in f. et c. 2.—Quae vero hoc etiam in loco commemorari solet acquisitionis causa, scil. eorum, qui societatem omnium bonorum contraxerunt, inter quos dominia rerum communicantur, simulatque perfecta est societas: L. 1. § 1. L. 2. D. *pro socio* (XVII, 2.), — recte jam observante *Brunnquello* (l. l. c. II. § 23.), non ex legis potestate provenit, sed ad constitutum possessorium (supra § 250. in f.) potius referendum est. Rationem enim hanc affert *Gajus* (L. 2. D. *pro soc.*), «Quia», inquit, «licet specialiter traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire.

§ 261. *Singulatim de vetustatis auctoritate* (*). *Ejus notio et species.*

Duo sunt imprimis, quibus tota haecce juris Romani doctrina tamquam principiis vertitur, *usucapio* et *longi temporis praescriptio* [1]). Atque usucapio perquam brevi temporis spatio [2]) dominium vel efficiebat, vel adjiciebat, scil. ei, cujus in bonis erat res [3]). Eaque non pertinebat nisi ad cives, tum, ex immobilium quidem rerum genere, ad praedia in Italico solo [4]). At longi temporis praescriptionem, praediorum provincialium causa, omninoque earum, quae ex jure Quiritium in dominio esse non poterant, primum introductam [5]), sub imperatoribus deinceps et ad res mobiles, aliasque, quarum erat usucapio, translatam [6]) et certis temporum spatiis conclusam [7]), tandem Justinianus cum usucapione ad unum revocavit caput, certe quod attinet ad rerum immobilium acquisitionem [8]). Cum autem ejus, quod longi temporis praescriptione velut erat quaesitum, nulla esset vindicatio, tamen fictitia quaedam petitio, quasi esset in dominio, eidem accommodata est [9]); contra vero major etiam in longi temporis praescriptione inerat vis, atque in usucapione, eatenus quidem, quod pignorum quoque persecutiones per illam perimebantur [10]). Jam vero, ex quo duplex dominii genus evanuit (§ 245. in f.), nullum amplius inter usucapionem et praescriptionem, quod quidem ad ipsam attinet dominii acquisitionem, supererat differentia, ut utramque, sive usucapionem sive longi temporis praescriptionem, recte definias: *dominii adeptionem per continuationem possessionis tempore legibus definito* [11]). Alterum autem, quod proprium esse diximus longi temporis praescriptioni

§ 261.

(*) Inst. (II, 6.) *de usucapionib. et longi temporis praescriptionibus.*—Dig. (XLI, 3.) *de usurpationibus et usucapionib.* — Scriptores vid. supra § 122. not. *. et 5. [Adde: *C. F. Reinhardt* die Usucapio u. Praescriptio des Röm. Rechts. Stuttg. 1832. — W. *Hameaux* die Usucapio u. longi temporis praescriptio. Giessae 1835. —Cf. et (*Goeschen*) Grundriss zu Pandekten - Vorlesungen. p. 108—127.]

1) Aliis etiam nominibus, velut longae s. diutinae possessionis, praescriptionis l. l. praerogativae, longa possessione capionis, hujusque similibus appellatur. Vid. *Unterholzner* Verjähr. durch fortgesetzten Besitz § 41. not. a. — *Id.* ausführl. Verjährungslehre. I. not. 38. II. p. 77.—*Goeschen* l. l. p. 117. § 253.

2) *Cic.* Top. 4. Or. pro Caec. 19. — *Gaji* inst. (II, 42.) — *G. F. Puchta* civ. Abh. (Leipz. 1823.) p. 25—47. — Cf. *F. E. Engelbach* üb. die Usucapion zur Zeit d. XII. Tafeln (Giess. 1828.) p. 111—113. — *Unterholzner* ausführl. Verjährungslehre I. p. 32 — 38.

3) *Unterholzner* Verj. durch fortgesetzten Besitz § 4. nr. 3.—Cf. *ej.* ausführl. Verjährungsl. II. p. 72. 73

4) a) *Cic.* off. I. 12. (cf. *G. F. Puchta* civ. Abh. — Leipz. 1823.—nr. 1.) — *Ulp.* Fr. XIX. § 4. 8.— b) *Gaji* inst. (II, 46.) — Pr. I. *h. t.* — Cf. *Unterh.* ausführl. Verjährungsl. II. p. 84.

5) Arg. L. 2. C. *in quib. causs. cessat l. t. praescriptio.* (VII, 34.) — *Unterh.* ausführl. Verjähr. Lehre I. § 10. p. sq. II. § 175. p. 78 sq. — *Hameaux* l. l.

6) L. 9. D. *de div. temp. praescr.* (XLIV, 3.)— *Unterh.* ausführl. Verj. Lehre I. p. 43. not. 40.— *Id.* Verjähr. durch fortgesetzten Besitz p. 271. p. 274. et ibid. not. h. (Cf. infra not. 10. et § 266. not. 6 sqq.) — Dissent. *Hameaux* § 8. p. 63 sqq.

7) L. 76. § 1. D. *de contrah. emt.* (XVIII, 1.) — *Glück* Pand. IX. p. 116. not. 20. — Caeter. vid. *Unterh.* ausführl. Verj. Lehre I. p. 44 sq.

8) L. 8. pr. § 1 — 3. C. *de praescr. trig. vel quadrag. annor.* (VII, 39.)—L. un. C. *de usucap. transform.* (VII, 31.) — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre II. § 177. 178. — Vide infra not. 12.

9) L. 8. pr. in f. C. *de pr. XXX vel XL annor.* (« posse eum etiam actionem ad vindicandam rem habere, sancimus; *hoc enim et veteres leges; si quis eas recte inspexerit, sanciebant.* ») — Vid. *Unterh.* ausf. Verj. Lehre II. p. 75. p. 82. not. 578. —*Zimmern* Rhein. Mus. III. p. 330 sq. not. 49*a.* et p. 348.—(Cf. et L. 13. § 1. D. *de jurejur.* (XII, 2.)—*Unterh.* ausf. Verjähr. Lehre II. p. 76 sq.)— De eo vero, utrum in solius exceptionis finibus antiquitus steterit l. t. praescriptionis vis (cf. *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. p. 9 sqq.), ideo dubitari poterit, quod nulla olim erat petitio eorum, quorum causa introducta est l. t. praescriptio. Nec verbi proprietas impedit, quo minus contrariam tueamur sententiam.—Vid. *Gaji* inst. IV. § 130 sqq.

10) L. 5. § 1. D. *de div. temp. praescr.* (XLIV, 3.) — L. 1. 2. C. *si adv. cred. praescr. oppon.* (VII, 36.) — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre II. p. 281—284. (Nr. 1.). (Citius servitutes olim omittebantur, scil. aut non usu aut usucapione libertatis per biennium. L. 13. C. *de servit. et aqua* III, 34.)

11) *Ulpiani* Fr. XIX, 8. — L. 3. D. *h. t.* — *Gr. Majansii* disput. Nr. 50.

(not. 10.), neque abolitum est, nec tamen per omnia communicatum cum usucapionis jure [12]). — Quoniam vero longi temporis praescriptioni alia etiam accessit, quae non nisi triginta vel quadraginta annorum spatio absolvitur, ideo dividere solent praescriptionem in ordinariam et extraordinariam seu longissimi temporis [13]). Praeterea et vetustatis auctoritate, quae quidem hominum memoriam excedat, jura tribuuntur; vocant immemorialem praescriptionem. Igitur de singulis nunc singulatim ac deinceps videbimus.

§ 262. A) *De ordinaria praescriptione* (*). 1) a) *Quaenam usucapi nequeant res.*

Praeter eas res, quae nullo modo obnoxiae sunt temporis praescriptioni [1]), etiam complures ab ordinaria eximuntur praescriptione [2]), hae quidem: res fisci [3]), dominicae [4]), civitatum [5]), ecclesiarum omninoque piorum corporum, immobiles illae quidem [6]); porro res minorum [7]), adventitiae filiorumfamilias [8]), omninoque eae, quas lex alienari prohibuit [9]), tum vero furtivae et vi possessae [10]), eae quoque, quae a quovis malae fidei possessore alienatae sunt [11]), aliaeque, quas pluribus hoc in loco non attinet commemorare [12]). Neque vero prorsus eodem jure aut fundi dotales aestimari debent [13]), aut eae res, quarum alienationem prohibuit aut magistratus [14]), aut testator, praeterquam si oneratus res legatas, fideive

12) Cf. § 268. — Caeterum de ea quaestione: an et quatenus etiam novissimo jure usucapio differat a l. t. praescriptione, non una est doctorum hominum sententia. — Vid. v. e. *Galvani* Dissertt. de usufr. c. XI. Nr. XXI sqq. — *Jo. d'Avezan* Pr. de usuc. et praescr. C. 3. 4. (*Meerm.* thes. IV. p. 213 sqq.). — *C. H. Gros* Gesch. der Verj. (Goett. 1795.) p. 74 sqq. — *Unterh.* l. i. § 64. nr. 6. p. 380. — Cf. ausf. Verj. Lehre II. p. 89—91. (Nr. II.). — [*Hameaux* § 2. qui etiam novissimo jure usucapionem a l. t. praescriptione eo differre contendit, quod ad res mobiles solas pertineat, temporis spatio quidem mutato. Quoad effectum quomodo differant vide *ibid.* § 17 sqq. — E. G.]

13) Cf. *Goeschen* l. l. p. 116. § 252.

§ 262.

(*) Cod. (VII, 33.) *de praescriptione longi temporis decem vel viginti annor.*

1) § 1. I. *de usuc.* (cf. supra § 123. not. 1. et §§ 214 sqq.) — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. § 51. 52.

2) Qua in re differentia nulla interfuisse videtur inter usucapionem ac l. t. praescriptionem. — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. p. 162. (nr. 2.). — *Puchta* System des gem. Civilr. Lib. IV. § 16. p. 66 — 69.

3) § 9. I. — L. 18. L. 24. in f. D. *h. t.* — *Unterh.* ausf. Verjähr. Lehre I. § 46. 56.

4) Cod. (VII, 38.) *ne rei dominicae* (*vel templorum*) *vindic. temp. praescriptione subm.* — L. 6. C. *de fund. patrim.* (XI. 61.) — *Unterh.* I. § 47. 57.

5) L. 9. D. *h. t.* (XLI, 3.) et Arg. L. 2. C. *ne rei domin.* rel. (VII, 38.) — (Caeter. vid. *Paulli* sent. rec. V, 2. § 4.) — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. § 45. 58.

6) Nov. 111. — Nov. 131. c. 6. (cf. § 267. not. 8.).

7) L. 3. C. *quib. non. objic. l. t. praescr.* (VII, 35.) — L. ult. C. *in quib. c. i. i. rest. nec. non est.* (II, 41.) (Cf. infra § 267.) — [Quod quidem maxime controversum. Vid. *Unterholzner* ausf. Verj. Lehre I. § 35—38. — *Goeschen* l. l. § 255. p. 113—123. — *Puchta* l. l. p. 67. nr. 7. — *Hameaux* § 24. et infra § 267. not. 9. et § 268 in f.] — De eo vero, num et furiosorum res ab ordinaria praescriptione exemtae sint? vid. *Unterh.* ausführl. Verj. Lehre I. § 39.

8) L. 1. C. *de bon. mat.* (VI, 60.) — L. 1. § 2. C. *de ann. exc.* (VII, 40.) — Nov. 22. c. 24. in f. — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. § 34.

9) L. 28. pr. D. *de V. S.* — L. 12. § 4. D. *de publ. in. r. act.* (VI, 2.) — *Unterh.* ausf. Verj. L. I. p. 110. not. 119. et p. 161. — *Puchta* l. l. p. 69. nr. 6. — Caeterum quod quidem ad vim attinet atque effectum usucapionis prohibitae, non omnes eodem jure habendae sunt hujusmodi res. (Cf. infra not. 10. et § 267. not. 4. 5. § 268. not. 2.).

10) § 2—5. I. *h. t.* (*Gaji* inst. II, 49.) — L. 4. § 22—25. et 28. D. *h. t.* — L. ult. D. *vi bonor. raptor.* (XLVII, 8.) — *Adr. Pulvaei* ad Leg. Atin. lib. singul. (*Otto* thesaur. IV. p. 326 sqq.) — *J. F. de Retes* ad Leg. Atin. Jul. et Plaut. (*Meerm.* thes. p. 378 sqq.). — *W. F. C. a Ditmar* comm. ad Leg. Atin. etc. Heidelb. 1818. 8. — *Unterh.* ausf. Verj. L. I. § 59—74

11) Nov. 119. c. 7. — *Unterh.* ausf. Verj. L. I. p. 253—255.

12) Velut a) *Cic.* de LL. (I, 21.) — Cf. L. 5. 6. C. *fin. reg.* (III, 39.) et *Unterh.* ausf. Verj. L. I. § 53. 54. — b) L. 8. pr. D. *de lege Jul. repet.* (XLVIII, 11.) — *Unterh.* l. l. I. § 75. (Cf. et not. 15.)

13) [Pandectarum quidem jure prohibitio, ne fundus dotalis alienetur, tacitum in se continet usucapionis impedimentum, quum matrimonio adhuc subsistente fundus alienatus sit. (L. 16. D. *de fundo dot.* (XXIII, 5.) — *Unterholzner* l. l. t. I. § 71.) Justinianus vero, usucapionem contra mulierem, quum res dotales repetere non possit, nequaquam currere voluit. (L. 30. C. *de jure dotium.* (V, 12.). — Caet. vid. § 267. not. 4. — Passim dissent. *Buchholtz* jur. Abhandl. Nr. 29. — E. G.]

14) Cui contraria non est L. 12. D. *h. t.* — (*Unterh.* § 11. nr. 5. not. o. et ausf. Verj. L. I. § 101.)

ipsius commissas sciens prudensque alienaverit [15]). Caeterum rerum furtivarum et vi possessarum purgatur vitium simulatque in domini potestatem reversae sunt res [16]). Fructus etiam illarum rerum, dummodo apud bonae fidei possessorem percipiantur, principalis rei vitio minime censentur esse affecti, hi quidem, qui statim acquiruntur possessori [17]). Nam et ancillarum furtivarum partus et animalium foetus (quatenus quidem in fructibus non habentur [18]), necesse est apud bonae fidei possessorem et concepti et editi sint, ut omnino locus esse possit usucapioni [19]).

§ 263. 2) *De iis, quae praeterea desiderantur in usucapionibus.* a) *Rei certae possessio.*

Praeterquam quod res sit usucapioni obnoxia, possessio etiam accedat necesse est, cui subsit domini animus [1]), eaque rei certae, conjuncta cum bona fide, descendens ex justa causa, tum etiam per longum tempus perpetuo continuata. Et quemadmodum omnino non est possessio, nisi rerum, quae possideantur, ut singularum, certam ac definitam animo conceptam habeamus notionem (§ 239. II, 2.): ita nec aliter prodest ad usucapionem. Cui conveniens est, 1) ut universitatis rerum, ut quidem prae caeteris vocatur (§ 225., nulla sit usucapio, quamvis singula, quae in illa sunt, corpora et possideantur et

15) L. 3. § 3. C. *comm. de leg.* — *Unterh.* § 68. nr. 2. (vid. infra § 209. not. 5.) — Nec obstat L. 2. C. *de usuc. pro emt.* (*Unterh.* § 20. nr. 7. et ausf. Verj. L. I. p. 156. not. 140.)

16) § 8. I. *h. t.* — L. 4. § 6. D. *h. t.* (« Quod autem dicit L. Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem ejus, cui surrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in ejus utrique, cui surrepta est. *Igitur creditori surrepta*, aut ei, cui commodata est, *in potestatem domini redire debet.*») — L. 4. § 21. D. *eod.* (« Si rem pignori datam *debitor* surripuerit et vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dedit, *quamvis cum eo furti agi potest.*») — L. 5. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — Cum his similibusque locis ut conciliarent L. ult. D. *h. t.* — (Labeo libro V. Pithanῶn a Paulo epitomatorum: « Si quid est surreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: immo forsitan et contra. Nam si id, quod mihi pignori dederis, surripueris, erit ea res furtiva facta, *sed simul atque in meum potestatem venerit, usucapi poterit.*»), maximopere subinde laborarunt interpretes. Vid. v. c. *Cujac.* XVI. obs. 30. — *de Retes* l. l. § 36. — *Unterh.* § 17. nr. 1. et ausf. Verj. L. I. §. 71. — *Ditmar* l. l. § 21 sqq. — At certe mihi persuasum habeo, Paulum (L. ult. D. *h. t.*) — de eo cogitasse debitore, qui fiduciam cum creditore contraxerit, eoque facto in ipsum transtulerit dominium (*cf. Gaji* inst. II. § 59. 60.). — Quod autem scribit *Philipp.* Imp. « Cum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam, et postea a debitore distractam: palam est, non potuisse eam quasi furtivam usucapi » (L. 6. C. *de usuc. pro emt.* VII, 26.), id vix est, quod dubium aliquod moveat; siquidem istiusmodi domini facto res non *revertitur* in ipsius potestatem, quemadmodum in causa Legis 4. § 21. D. *h. t.* —, licet utraque in causa furtum committatur a domino. — (Cf. *H. Donelli* comment. j. civ. Lib. V. c. 28. § 10. — Caeterum vid. et *Pothier* Pand. Justin. ad Tit. de usurp. et usuc. Nr. XVIII.) — De eo autem, quid sit: in domini potestatem reverti, vid. a) L. 215. in f. D. *de V. S.* — b) L. 4. § 12. D. *h. t.* — L. 86. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — c) L. 4. § 13. D. *h. t.* — L. 84. D. *de furt.* — d) L. 32. pr. D. *h. t.* — e) L. 42. in f. D. *h. t.* — f) L. 58. § 4. D. *de furt.* — L. 4. § 11. D. *h. t.* — L. 7. § 3. *pro emtore.* — g) L. 41. D. *h. t.* — L. 4. § 6 — 10. *eod.* — Cf. *Unterh.* l. l. § 17. nr. 2. 3. et ausführl. Verj. Lehre I. § 68 — 70. imprimis vero L. 4. § 7. D. *de usurp.* — *Sintenis* in Archiv für civ. Pr. t. XVIII. p. 299 sqq. (nr. II.)

17) L. 4. § 19. D. *h. t.* — L. 48. § 2. D. *de acq. rer. dominio.* (XLI, 1.) (vid. supra § 254. not. 5.).

18) L. 48. [al. 49.] § 5. D. *de furtis.* XLVII, 2. (cf. supra § 254. not. 4.).

19) L. 33. pr. D. *h. t.* — L. 48. § 5. D. *de furtis.* — (Cf. et L. 44. § 2. D. *h. t.*) — De furis herede vid. L. 4. § 15. D. *h. t.* — Caeteroquin veterum hac de re controversiarum vestigia vel maxime apparent L. 10. § 2. D. *h. t.* — L. 4. pr. D. *pro suo.* (XLI, 10.) — De rei hereditariae furto vid. L. 68 — 70. D. *de furtis.* — L. 33. D. *h. t.* — Omnino autem cf. de quaest. prop. *Pulvaeus* l. l. c. 5 — 12. *de Retes* § 40 — 49. — *Unterh.* § 16. — *Moellenthiel* Nat. d. guten Glaubens § 13. — *Unterh.* ausführl. Verj. Lehre I. § 67. et § 121., itemque vid. quae hanc in rem supra (§ 254. not. 5. 6.) scripta sunt.

§ 263.

1) L. 13. pr. D. *h. t.* — L. 1. C. *commun. de usuc.* (VII, 30.) — L. ult. C. *in quib. caus. cess. l. t. pr.* (VII, 33.) — Omnino autem huic quoque loco conveniunt, quae de possessionis natura ac causis generatim supra praecepta sunt. — Vid. imprim. § 237 — 240. et *Unterh.* Verj. durch fortges. Besitz § 22 — 25.

usucapiantur [2]); 2) ut nec rerum connexarum *partes* usucapiantur tamquam singulae res [3]), nisi tales sint, quarum, etiamsi cohaereant cum aliis, tamen integram suam et velut discretam quaevis retineat naturam [4]). Caeterum ipsarum rerum connexarum, ut singularum, et possessio et usucapio esse potest, aedificiorum quoque, quippe quae una cum solo, cui superposita sunt, usucapiantur, hoc pacto, ut, qui usucapit, etiam singularum dominus fiat materiarum, catenus quidem, quatenus proprietas illarum ad pristinum soli dominum pertinebat. Quodsi vero res alienae rebus a nobis possessis hoc modo adjiciuntur, ut neque simpliciter istiusmodi conjunctionibus acquiramus dominium (§ 258.), nec etiam, quod adjicitur, pristinam suam retineat naturam (not. 4.), tum conveniens est, dicere, quoniam non ut singulas ejusmodi res possideamus, dominium earum, quamdiu cum alia cohaereant, *usucapione* minime nobis acquiri [5]). Nec magis 3) incertae partis usucapio esse potest; at certae partis pro indiviso potest [6]). Semper autem in earum rerum usucapione, quae divisionem, vel naturalem vel civilem, recipiunt, tantum censetur esse praescriptum, quantum possessum [7]).

§ 264. b) *Bona fides* (*).

Bona fides hoc quidem loco est opinio ejus, qui ignorans, aut ad alium rem pertinere, aut alienandi jus non fuisse ei, qui eandem alienavit, se juste eam possidere putat [1]). Quemadmodum autem juris error in usucapionibus non prodest possessori [2]), sic etiam malae fidei possessori similis habetur, qui de eo, annon dominii acquirendi justa adsint impedimenta, certis rationibus dubitare poterat [3]). Praeterea si, quod vere adest dominii transferendi impedimentum

2) L. 30. pr. in f. et § 2. D. *h. t.*

3) L. 23. § ult. D. *de R. V.* (VI, 1.)—L. 7. § 11. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — L. 23. pr. et § 2. D. *h. t.* — *de Savigny* Besitz § 22. p. 246. in f. seq. (ed. V.).—*Unterh.* ausf. Verj. L. I. p. 164 sq. (nr. 2.). —Vid. not. 5. — Neque contraria est L. 7. § 1. D. *pro emt.* (XLI, 4.) (*Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. p. 165.), non magis quam L. 26. D. *de acq. poss.* (XLI, 2.) — Vid. infra not. 6. — Caeter. vid. L. 30. § 1. D. *h. t.* «Labeo — ait: si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset.» —Cf. quae novissime hunc in locum scripsere *de Savigny* Besitz § 22. p. 269. et ibid. not. 1.—*Thibaut* Archiv. f. civ. Pr. VII. Nr. III. (p. 79 sqq.). — *Unterh.* ausführl. Verj. Lehre I. p. 167. in f.—172.

4) L. 30. § 1. D. *h. t.* — «Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? *In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum.*» (*Savigny* l. l. p. 267. not. 2.—*Unterh.* I. p. 174.)

5) Vid. ll. supra (not. 3.) laudd. — Utrum autem proprium hoc sit aedificiorum (ut existimat *Savigny* l. l. p. 265 sqq.; cf. et *Unterh.* I. p. 173 sq.), an etiam in mobilium rerum conjunctionibus locum habeat, dubitari potest, cum inter se dissidere videantur L. 30. § 1. D. *h. t.* (not. 4.) et L. 7. § 1. et 2. D. *ad exhib.* (X, 4.) («Sed si rotam meam tuo vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, — *quamvis tunc civiliter non possideas.* Idem, et si armario vel navi tabulam meam — junxeris» *rel.*). Dici fortasse potest: rotam esse vehiculi partem, quemadmodum tabula est navis pars; at nec gemmam in annuli, nec hunc in gemmae partibus vere haberi posse, sed suum quodvis corpus propriamque naturam retinere, licet nonnumquam alterum sequatur alterum, tanquam rem principalem (§ 225. not. 3.).

6) L. 32. § 2. D. *h. t.*—L. 3. § 2. L. 26. D. *de a. v. a. p.* (*Savigny* Besitz § 22. p. 257 sq.)

7) Arg. L. 18. § 4. D. *de a. v. a. p.* — L. 2. § 6. D. *pro emt.* (XLI, 4.) —Cujus quidem regulae usus etiam ad alias usucapionis conditiones necessarias pertinet, ut ad bonam fidem (§ sq. in f.), ad justam possidendi causam (L. 4. § 6. in f. *pro emt.*), ad temporis decursum (L. 7. § 1. D. *eod.*).

§ 264.

(*) *C. F. G. Meister* opusc. Nr. I.—*C. A. Moellenthiel* üb. d. Natur d. guten Glaubens bei der Verjahr. Erl. 1820.

1) L. 109. D. *de V. S.* (Cf. *Moellenthiel* § 4. et 6. — *Unterholzner* I. § 95.) — Itaque errore nititur b. f. (§ 95.), isque vel ad auctoris jus spectat, vel ad titulum possessionis, vel ad rei qualitatem. Vid. *Moellenth.* § 9. — *Unterh.* I. § 117. Nr. 1. 1.

2) L. 4. ll. *de jur. et f. ignor.* — L. 31. pr. D. *h. t.* — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. p. 408 sq. (Nr. II.).

3) Arg. L. 17. C. *de rei vind.* (III, 32.) — L. 9. § 2. D. *de jur. et f. ignor.* (XXII, 6.)—L. 7. § 2.

ignoratur, nihilominus mala fides obstat usucapioni[4]); sin nullum subest talc impedimentum, plerumque nec mala fides impedit dominii transitum, siquidem plus esse solet in re quam in existimatione mentis[5]). Fides autem ex *possessionis* initio fere aestimatur[6]); nec superveniens mala fides impedit, quo minus perficiatur usucapio[7]), utique ex Justiniani praecepto[8]), quod quidem eversum est jure canonico[9]). Quodsi possessio acquiritur per vicarium, domini potissimum respicienda est scientia vel ignorantia[10]), nisi utriusque temporis, et quo initur contractus, et quo possessio traditur, ratio habenda sit (not 6. a.); tum enim, eo quidem tempore, quo contrahebatur, etiam procuratoris erit spectanda scientia, quippe cujus omnino ex persona obligationes actionesque ex causa possessionis oriundae, vel maxime aestimantur[11]). Caeterum non ignorasse, partem esse alienam ejus rei, quae dividi possit, nihil impedimento est, quo minus reliqua pars longo tempore usu possit capi[12]).

§ 265. c) *Justa causa s. titulus.*

Possessioni, quae longo tempore dominium efficiat, causa subsit, universe spectata et per se quidem idonea ad transferendum dominium; eaque justa causa s. titulus appellatur[1]). Sunt autem tot usucapionis tituli, quot sunt causae dominii acquirendi[2]), quas quidem omnes ac singulas commemorare non attinet. In his igitur subsistimus, quae seorsum tractantur in jure nostro; quo in genere est *pro emtore* usucapio[3]), ejus quidem, qui ex vera emtione possidet[4]).

D. *pro emto.* (XLI, 4.) (Cf.) *Moellenth.* p. 32. not. 100. et *Unterh.* I. p. 408. not. 411.) — Omnino vid. hac de re *Moellenth.* p. 38 sq. not. 118. — *Unterh.* I. § 117. Nr. I. et III.

4) L. 32. § 1. D. *h. t.* (*Unterh.* Verj. durch fortges. Besitz p. 181. not. m.) — *Moellenth.* p. 39 sq. not. 119.

5) L. 9. § 4. D. *de J. et F. I.* (XXII, 6.) (Supr. § 95. not. 10.) — Cf. et L. 2. § 2. verb.: *contra si extitit.* D. *pro emt.* (XLI, 4.) (*Unterh.* Verj. durch fortg. Besitz p. 181. not. 1. et ausf. Verj. L. I. p. 407.) — L. 8. D. *pro emt.* (*Unterh.* p. 406. not. 409.) — *Moellenth.* p. 58 sqq. nr. III.

6) L. 15. § 3. D. *h. t.*—L. un. C. *de usuc. transform.* (VII, 31.) — Exc. est a) in ea poss., quae ex emtionis causa descendit (L. 48. D. *h. t.* — L. 2. pr. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — L. 7. § 16. 17. D. *de Publ. in r. act.* (VI, 2.), licet hic quoque, *ut usucapio currere incipiat,* traditionis initium spectetur (L. 28. pr. D. *h. t.*); — b) in ancillae partu, nec non animalium foetura, quae quidem non statim acquiritur possessori (L. 44. § 2. D. *h. t.*—Cf. § 262. not. 17. 18.).

7) L. 48. § 1. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — § 12. I. *h. t.*—L. 2. § 19. D. *pro emt.* — L. 11. in f. D. *de div. temp. pr.* (XLIV, 3.) — L. 2. et 9. C. *de pr. l. t.* (VII, 33.) — Caeterum dubitationem movere possunt L. 11. § 3. D. *de Publ. in r. act.* et L. 4. pr. D. *pro suo.* (XLI, 10.) — Cf. *Moellenthiel* p. 62 sq. (nr. II. et not. 178.) et *Unterh.* ausführl. Verj. L. I. § 97. p. 335 sqq. § 125. p. 438 sq.

8) L. un. C. *de usuc. transf.* (VII, 31.) — [Nonnunquam etiam supervenientem malam fidem nocere, sequi videtur ex verbis Legis laudatae — « ab initio eam bona fide capiat, secundum quod « exigit longi temporis praescriptio. » — E. G.]

9) c. 5. et ult. X. *de praescr.* (II, 26.) — *Moellenthiel* § 20—32. — Vid. et supra § 123. not. 7. — Add. *Unterh.* I. § 98. 99.

10) L. 1. C. *de a. v. a. p.* (VII, 32.) — L. 49. in f. *de a. v. a. p.* — L. 47. D. *h. t.* — L. 2. § 11. 12. D. *pro emt.* — Exc. L. 1. § 5. D. *h. t.* — L. 2. § 10—13. D. *pro emt.* (cf. § 240. not. 6.). — Omnino vid. *Moellenthiel.* p. 46 sqq. (Nr. II.). — *Unterh.* I. § 120.

11) Vid. L. 22. § 5. D. *de lib. causa.* (XL, 12.) — Cf. § 131.

12) L. 43. pr. D. *de a. v. a. p.* — L. 4. L. 6. § 1. L. 14. D. *pro emt.* — *Moellenth.* § 11. — *Unterh.* I. § 118.

§ 265.

1) L. 24. C. *de R. V.* (III, 32.) — Pr. *I h. t.* — Cf. *Loehr* Magaz. IV. p. 136 sqq. — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. § 102.

2) L. 1. in f. L. 2 — 6. L. 7. pr. et § 1. D. *de Publ. in r. act.* (VI, 2.) — L. 17. D. *h. t.* — L. 28. D. *de noxalib. act.* (IX, 4.) — L. 15. § 16. D. *de damno infecto.* (XXXIX, 2.) aliaque loca. — Cf. *Gr. Majansii* Disp. Nr. LII. et LVIII. — *Unterh.* ausführl. Verj. Lehre I. § 105. 108. 109. 111. 116. — [De eo, num res judicata usucapionis titulus esse possit, dissentiunt. Affirmat *Arndts* Archiv f. civ. Pr. T. XIII. Nr. XV. (arg. L. 3. in f. D. *de Publ. in r. act.* et L. 137. D. *de R. J.*); negat *Danz* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. V. Nr. XIX. — E. G.]

3) Dig. (XLI, 4.) Cod. (VII, 26.) *de usucapione pro emt. vel transactione.* — (Cf. L. penult. C. *h. t.*)

4) L. 2. pr. D. *pro emt.* — *Unterh.* Verjährung durch fortges. Besitz § 27. nr. 2. (p. 197 sq. et cf. infra not. 18—20. 22. 23.).

Item *pro herede* [5]); quod usucapionis genus, cum antiquitus quidem ei vel maxime prodesset, qui sciens ad se non pertinere hereditatem rem hereditariam possederit [6]), tum vero ei, qui, cum res hereditarias jure praetorio possidere coepisset, dominium quiritarium acquisierit [6a]), hodie ad eum solum pertinet, qui, cum proprie heres non sit, tamen bona fide atque ex causa idonea res hereditarias possidet [7]). Quodsi igitur res possessa non est ex hereditate, pro herede quidem usucapio locum non habet [8]). Porro *pro donato* [9]) usucapitur, sive inter vivos sive mortis causa donatum est [10]); tum *pro derelicto*, si quidem re, quam is dereliquit, qui non est dominus, bona fide atque eo animo, ut sibi eam haberet, aliquis potitus est [11]). *Pro legato* usucapit, cui legatum relictum est aut rei alienae, aut non jure aliove modo, qui impedit, quo minus res exitum habere possit, aut ignoranti postea ademtum est [12]); itemque *pro dote* maritus, cui dotis nomine res traditae sunt [13]). Est praeterea *pro soluto* titulus, non solum eas complectens causas, quibus alterum pro altero in solutum datur, sed omnino omnem debiti solutionem, praeter ejus, quod ex emtione debetur [14]). Generalior etiam est *pro suo* titulus; qui quidem omnibus adhaereat titulis necesse est, siquidem nemo potest usucapere, nisi qui pro suo, i. e. domini jure, rem velit habere [15]). Nec adeo est, quod miremur, cur idem vocabulum, tamquam proprium ac peculiare, singularibus etiam tribuatur usucapionum causis, talibus quidem, quae suis nominibus aut penitus carent aut stare non possunt [16]). Generatim autem de titulo, quid valeat in usucapionibus, haec etiam praecipienda sunt: 1) ut quoquo temporis momento certam habeamus tituli conscientiam, minime esse necessarium, dummodo nunquam pro nostra rem habere desierimus [17]). 2) Nec magis nocere errorem circa titulum, ita quidem,

5) Dig. (XLI, 5.) Cod. — (VII, 29.) — *Rasshirt* Archiv f. civilist. Praxis IX. Nr. I. — (*Puchta* in Ephemerid. Erlang. T. V. p. 268 sqq.) — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. § 106. 107. — *Arndts* in Rhein. Mus. II. p. 125 sqq. — *Unterholzner* ibid. T. V. Nr. II. — *Rosshirt* in *ej.* Zeitschr. für Civil u. Criminalr. T. I. p. 124 sqq. (Nr. V.). — *Goeschen* Grundriss § 261. p. 125—127.

6) *Gaji* inst. II. § 52—58.

6a) *Savigny* Zeitschr. für gesch. R. W. T. II. p. 269 sqq.

7) L. 33. § 1. vers. *Hoc amplius* rel. D. *de usurp.* (cf. L. 11. pr. D. *de her. pet.* V, 3.). — Caeterum etiamnum utilia esse possunt praecepta: *Ex vivi bonis nihil pro herede posse usucapi* (L. 1. D. L. 3. C. *h. t.*), porro: *pro herede usucapi nan posse, quae jam possessa sint ab herede* (L. 29. D. *de usurp.*), tum vero quod scribitur L. 2. C. *h. t.*: «*nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus.*» (*Unterh.* I. p. 370 sq. not. 370.). — Nec prorsus abhorrent a forensi utilitate, quae apud Paulum leguntur: *fructus, et partus ancillarum, et fetus pecorum, etiamsi defuncti non fuerint, usucapi possunt* L. 4. § 5. D. *de usurp.* — Vid. *F. G. E. Backe* interpret. j. rom. (Regiom. 1829. 8.) Cap. I. et *von Buchholtz* Versuche Nr. XII. — [An et contra ipsum heredem locus sit pro herede usucapioni, dubitant *Arndts* et *Unterholzner* in diatr. modo laudatis, propter L. I. D. *quarum bonar.* (XLIII, 2.) — L. 4. C. *in quib. causs. cessat.* (VII, 34.) — L. 7. C. *de pet. hered.* (III, 31.). — Contra quos *Fritz* Erläuter. zu *Wening* fasc. II. p. 131 — 136. — E. G.]

8) At dissentiunt plerique (interque eos etiam *Rosshirt* l. l. § 6. et 7.), maxime propter L. 3. D. *h. t.* Quem quidem locum jam antiquiores nonnulli recte interpretati sunt, velut *Greg. Majansius* Disp. LIII. Nr. I. in f. — Cf. et *Unterh.* ausf. Verj. L. I. p. 373 sqq. not. 373—375. — *Puchta* in Ephemeridib. jurid. Erlangens. T. V. p. 273 sqq. — *Goeschen* l. l. p. 125.

9) Dig. (XLI, 6.) et Cod. (VII, 27.).

10) L. 33. D. *de mort. c. donat.* (XXXIX, 6.) — *Unterh.* I. § 113.

11) Dig. (XLI, 7.). — a) L. 6. D. *h. t.* — b) L. 4. *eod.* — *Majansii* Disp. LV.

12) Dig. (XLI, 8.). — a) L. 4. 5. D. *h. t.* — b) L. 9. *eod.* — *Unterh.* I. § 115.

13) Dig. (XLI, 9.) et Cod. (VII, 28.). — *Unterh.* I. § 112. — (Vid. infra Lib. IV. locum de dote ante nuptias constituta, § 526.)

14) L. 46. 48. D. *de usurp.* — *Majansii* Disp. LIX. § 4. 5. — *Unterh.* I. § 109. ibiq. not. 381.

15) Dig. (XLI, 10.) *pro sua.* — *Majansii* Disp. LIX. § 1—3. § 6—13. — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. p. 352—356. (cf. *ej.* Verjähr. durch fortges. Besitz § 27. nr. 1.).

16) a) L. 2. pr. *pro suo.* — Cf. *Unterh.* I. p. 353. not. 354. p. 355. not. 357. et Rhein. Mus. III. p. 355 sq. — *Schillings* rechtsgesch. Bemerk. p. 67. — b) L. 4. § 1. *eod.* — c) L. 4. § 2. *eod.* — d) L. 67. D. *de J. D.* (XXIII, 3.) — Cf. et L. 2. in f. — L. 4. pr. D. *pro sua.* — L. 1. § 2. D. *pro dote.*

17) L. 1. § 1. D. *pro suo.* — L. 31. § 6. D. *de usurp.*

si omnino subsit justa possidendi causa [18]). 3) Justam non existimari causam, quae ex negotio descendat, quod aut legibus improbatum sit, aut alioquin nequeat valere [19]); at utilitatis causa receptum est, ut, nisi aut mala fides adsit, aut juris ignorantia, tamen admittatur *pro suo* usucapio, scil. ex causa probabili [20]). 4) Meram justi tituli opinionem plerumque non sufficere ad usucapionem [21]). Quemadmodum autem probabilis facti, maxime alieni, error non obstat usucapioni [22]): ita nihil impedit, quo minus ex rerum traditionibus, siquidem *uterque* rem deberi putat, locum habeat usucapio aut *pro soluto* aut *pro suo* [23]). 5) Fieri etiam posse, ut possessio mere naturalis in justam usucapiendi causam transformetur, quatenus impedimento non sit regula: *neminem sibi possessionis causam mutare posse,* praecipiens [24]). — Caeterum, si sub conditione contractum est, pendente quidem conditione, qui accepit, usucapere non potest [25]). Sin vero quae ab initio pure apud aliquem constitit possessio, postea aut ex conventionis lege aut ex juris publici praecepto resolvitur, interim quidem usucapit, qui accepit rem, sic tamen, ut eveniente resolutionis causa nullum apud eum ex usucapione remaneat jus [26]).

§ 266. d) *Possessio per longum tempus continuata.*

Perficitur usucapio mobilium rerum triennio, immobilium, inter praesentes quidem decem, inter absentes viginti annorum spatio [1]). Idque tempus, licet civiliter computetur [2]), tamen continuum est (§ 86), i. e. sine ulla interpellatione plerumque [3]) transigendum. Interrumpitur autem usucapio aut naturaliter, sive usurpatione, ut quidem proprie dicitur [4]), aut civiliter [5]), quam *civilem usurpa-*

18) L. 44. § 4. D. *de usurp.*—L. 31. § 6. *eod.* — L. 2. § 2. D. *pro emt.* (*Unterh.* I. p. 406 sqq.). — *Moellenth.* l. l. p. 35. not. 108.

19) L. 1. § 1. 2. D. *pro donato.* (XLI, 6.)—L. 1. § 3. 4. L. 2. D. *pro dote.* (XLI, 9.)

20) Vid. L. 67. D. *de J. D.* (XXIII, 3.) — L. 1. § 2. D. *pro dote.* — L. 13. § 1. D. *de usurp.* — L. 7. § 2. D. *de publ. in rem act.* (VI, 2.) — L. 2. § 8. et 16. *pro emt.* — [Cf. et L. 2. D. *pro dote* (vid. infra § 530. not. 13. 14. et *Unterh.* I. p. 390. —Caet. vid. et L. ult. D. *pro leg.* — *Unterh.* I. p. 397 sq. et not. 101.— E. G.]

21) L. 4. C. *de usuc. pro her.* — L. 24. C. *de R. V.*—L. 27. D. *de usurp.* — L. 6. D. *pro derel.* — L. 1. § 3. D. *pro leg.* — De hoc titulo cf. *Moellenthiel* l. l. p. 35 sq. — *Seuffert* Erörter. einz. Lehren III. p. 29 sqq. Nr. 3.

22) L. 5. D. *pro suo.*—L. 11. D. *pro emt.*—L. 44. § 4. D. *de usurp.* — L. 3. C. *de usuc. pro don.*— De errore circa ipsam rem ejusve modum admisso vid. L. 2. § 6. D. *pro emt.* — *Unterh.* I. p. 358. in f. p. 382.

23) L. 46. et 48. *de usurp.* — L. 3. D. *pro suo.* — Caeter vid. L. 48. D. *de usurp.* verb.: « Aliud, si putem me ex causa venditi teneri » *rel.*, et L. 2. pr. D. *pro emt.*—Cf. *Branchu* obs. Dec. ult. c.19. p. 84. sqq. — *Unterh.* I. § 109. et ib. not. 380.

24) Vid. L. 33. § 1. D. *de usurp.* — L. 1. § 2. D. *pro don.* — *Unterh.* I. § 100. et supra § 239. in f. et not. 21.

25) L. 2. § 2—5. D. *pro emt.*

26) L. 2. § 3. *pro emt.* (« sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio: si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur. » — L. 13. pr. D. *de m. c. d.* (XXXIX, 6.) — L. 33. *eod.* — L. 18. § 2. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)

§ 266.

1) *Paulli* sent. rec. V. 2. § 3. — Pr. I. *h. t.* — L. un. C. *de usucap. transfer.* (VII, 31. — L. 12. C. *h. t.* (VII, 33.) — cf. § 88. nr. 3. et Preuss. Landr. Th. I. Tit. IX. § 621. 622.). — Nov. 119. c. 7. et 8.—*Meisteri* opusc. Nr. VIII.—*Hugo* civilist. Magaz. T.V. Nr. XVII. p. 462 sqq.— *Unterh.* ausf. Verj. L. § 84.

2) L. 15. pr. *de div. temp. praescr.* (XLIV, 3.) —L. 6. et 7. D. *de usurp.*—Vid. supra § 87. not. 6. et qui ibi laudantur scriptores quibus adde *Hameaux* die usucapio u. longi temp. praescr. § 21 et imprimis p. 188 sqq. — Caeterum ab *Unterholzneri* sententia (Verjähr. Lehre I. § 90.), quam nos quoque profitemur (cf. § 87. not. 5.), novissime etiam dissent. *F. Reinfelder* der annus civilis des röm. Rechts (Stuttg. 1829.) p. 69 sqq.

3) Vid. enim § 268. not. 2.

4) L. 2. D. *h. t.* — L. 5. in f. D. *pro donato.* — *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. § 131. — [De usucapione, per captivitatem interrupta vide L. 15 pr. D. *h. t.* et L. 12. § 2. D. *de captivis* (XLIX, 15.)—*Sintenis* Archiv f. civ. Pr. XVIII. Nr. XII. 1.—E. G.]

5) *Unterh.* ausf. Verj. Lehre I. § 122. (vid. et not. seq.).

6) *Unterh.* Verj. d. fortges. Besitz § 33. not. a. et § 34. not. a.

tionem vulgo vocant [6]), cujus in *usucapionibus* quidem nulla erat vis [7]). Eaque aut aotione fit s. litis contestatione [8]), aut contradictione s. denunciatione rite interposita [9]), aut jure canonico quidem malae fidei accessione [10]). Jam vero, quod ad veram s. corporalem usurpationem attinet, necesse non amplius est, ut semper penes unum fuerit possessio, verum etiam per successores continuatur possessio, sive per universitatem successio fiat, sive in singulas res [11]); certe Justinianeo jure [12]). Est autem, quod differat inter utrumque successorum genus. Defuncti enim possessio, quae quidem justum habuit initium, heredibus prodest, et non ignorantibus, rem esse alienam [13]); at si defunctus mala fide coepit possidere, qui per universitatem succedunt ne inchoare quidem usucapionem ex sua persona possunt, etiamsi ad alium pertinere rei dominium ignorent [14]). Contra vero singulares successores, ut non continuant possessionem, nisi ipsi sunt in bona fide, sic fieri potest, ut ex sua ipsorum persona incipiant usucapionem [15]). Quod quidem jus paullum immutavit Justinianus [16]).

§ 267. B) *Longissimi temporis praescriptio* *).

Longissimi temporis praescriptio ea vocatur, quae aut triginta annorum aut longiori etiam spatio absolvitur [1]). Cujus quidem ea est vis, ut et titulum, si qui deest, suppleat [2]), et plerumque etiam alia usucapionis impedimenta obtegat,

7) L. 2. § 21. D. *pro emt.* — L. 17. in f. L. 18. L. 19. D. *de R. V.* (VI, 1.)—*Unterh.* Verj. durch fortges. Besitz § 34. *Ej.* ausf. Verj. L. § 126. nr. 2. 3. — Caeterum de eo, num haec inter usucapionem et l. t. praescr. Justinianeo jure remanserit differentia, inter doctos disputatur. Affirmat *Unterholzner* ausführl. Verj. L. I. § 127. Sed vid. L. 10. C. *de acq. v. ret. poss.* (VII, 32.) et L. 3. C. *de annali except.* (VII, 40.)

8) L. 24. C. *de H. V.* (III, 32.)—L. 10. C. *de pr. l. t.* (VII, 33.) — Vid. et supra § 144. not. 25.—Cf. *Unterh.* ausf. Verj. L. I. § 124.— Vid. et L. 1. C. *de praescr. t. temp.* (VII, 33.)—*Unterh.* I. § 125.

9) L. 2. C. *de annali exc.* — *Unterh.* ausf. Verj. L. I. § 129.

10) Arg. c. ult. X. *de praescr.* II, 26. (vid. supra § 264. not. 9.).

11) L. 14—16. D. (*de div. temp. pr. et*) *de accessionib. possessionum.* (XLIV, 3.)—L. un. § *Hec tantummodo* C. *de usuc. transf.* (VII, 31.)—L. 11. C. *h. t.* (VII, 33.)—L. 2. § 20. D. *pro emt.*—L. 13. § 1. et § 5 sqq. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.)—*Gr. Majansii* Disp. LXI. — *Unterh.* Verj. durch fortges. Besitz § 33. — *Ej.* ausf. Verj. Lehre I. § 132—135.

12) Nam de eo, num et quatenus in usucapionibus locum habuerit possessionis accessio, dubitatur. Vid. *Unterh.* ausf. Verj. L. § 132.—*Hameaux* l. l. § 19.

13) L. 30. pr. D. *quib. ex caus. maj.* (IV, 6.)—L. 2. § 19. D. *pro emt.* — L. 31. § 5. L. 40. L. 43. L. 44. § 3. D. *de usurp.* — L. 7. pr. *pro emt.* (*Majans.* l. l. § 1.). — Vid. et a) L. 2. § 18. D. *pro emt.* — b) L. 20. D. *de usurp.*—L. 6. § 2. in f. D. *pro emt.* — *Unterh.* I. § 133. — Caeterum ex juris can. principiis c. 20. X. *de praescript.*) etiam heredum ad implendam usucapionem necessaria est bona fidea.

14) § 12. I. *h. t.* — L. 15. pr. in f. D. *de usurp.* — L. 11. D. *h. t.* (XLIV, 3.) — L. 11. C. *de a. et ret. p.*

15) L. 2. § 17. D. *pro emt.* — L. 5. pr. D. *h. t.* (XLIV, 3.). — a) L. 15. § 1. L. 16. D. *h. t.* (XLIV, 3.). — *Unterh.* I. p. 481. nr. 3. — b) L. 15. § 2—4. *eod.* — c) L. 15. § 5. *eod.*—L. 14. pr. D. *de usurp.* — d) L. 2. § 16. D. *pro emt.* — e) L. 13. § 7. et 9. D. *de a. v. a. p.* (*Savigny* Bes. § 11. p. 155 sq. nr. 3 et not. 2.). — f) L. 39. D. *de a. v. a. p.* — L. 17. § 1. D. *dep.* (XVI, 3.) — Cf. *de Schroeter* in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. p. 267. — g) L. 13. § 2. D. *de a. v. a. p.* — L. 19. D. *de usurp.*—L. 6. §. 1. D. *h. t.* (XLIV, 3.) (vid. § 265. in f.). — h) L. 14. § 3. D. *h. t.* (XLIV, 3.). *Majans.* l. l. § 9.— i) L. 6. pr. D. *h. t.* (XLIV, 3.) *verb.*: « Denique et si quam rem tibi vendiderim, rursus a te emam, et Titio vendam, et meam omnem et tuam possessionem Titio accessuram. » — Cf. et L. 15. § 2. D. *de usurp.*—L. 7. § 4. D. *pro emt.* *Unterh.* I. p. 343. not. 343. — L. 6. pr. *eod.* — Neque vero singulare est praeceptum Legis 14. § 1. D. *de usurp.* (« In re legata, *in accessione temporis*, quo testator possedit, *legatarius quodammodo quasi heres est* »), quippe explicandum ex L. 13. § 10. D. *de a. v. a. p.*—Vid. et L. 15. § 6. D. *h. t.* (XLIV, 3.). Cf. *Westphal* l. l. § 567.

16) Nov. 119. c. 7. (cf. § 262. not. 11.).

§ 267.

(*) Cod. (VII, 39.) *de praescriptione XXX vel XL annorum.*—*Fritz* in Zeitschr. für Civilr. u. Prozess. T. III. Nr. XXIII. p. 435 sqq.

1) At Justinianus demum ei, quae antea nonnisi in solius exceptionis terminis constiterat, 30 vel 40 annorum praescriptioni, dominii transferendi tribuit vim. L. 8. § 1. C. *h. t.* —*Unterholzner* Verjähr. durch fortges. Besitz § 63. nr. 3. — *Ej.* ausführl. Verjähr. Lehre II. § 176—178.—*Moellenthiel* l. l. § 16. —Cf. *Fritz* l. l. p. 436.

2) L. 8. § 1. C. *h. t.* — L. 14. C. *de fund. patrim.* (XI, 61.) — Caeter. cf. *Unterh.* I. p. 327. not. 329. et § 404. II. p. 107.—*Fritz* l. l. p. 438. 452.

nisi quatenus ex possessoris mala fide oriantur [3]). Neque vero similis est causa omnium omnino rerum, quarum impeditur ususcapio. Nam aliis quidem prorsus nulla currit praescriptio durante impedimento legitimo; at eodem sublato nunc ordinariae subjiciuntur praescriptioni, ut res dotales [4]), nunc triginta annorum spatio usucapiuntur, quod jus est bonorum adventitiorum [5]). Contra vero aliis aut longissimi temporis statim ab initio curret praescriptio, aut ordinaria, scilicet e medio sublata causa usucapionem impediente, eoque jure utuntur minores [6]). — In reliquis igitur causis semper inde a possessione coepta repetetur praescriptio, hoc pacto, ut plerumque ad implendam praescriptionem sufficiat triginta annorum spatium, interdum tamen longius etiam, i. e. quadraginta annorum tempus necessarium sit. Pertinet autem quadragenaria ista praescriptio ad res patrimoniales principis [7]), ecclesiarum, omninoque piorum corporum, immobiles illas quidem [8]), tum vero ad eas, de quibus lis mota, at rursus omissa est, scilicet ut a parte rei non aliter impleri possit praescriptio, nisi quadragenarium post litem intermissam transactum sit tempus [9]). De pupillorum rebus, num in eis locum habeat quadragenaria praescriptio, quaeritur [10]). Res autem civitatum, posteaquam sublata est centum annorum praescriptio (not. 9), ampliore non gaudent privilegio, quam quod ordinario tempore praescribi illis nequit [11]). Caeterum in omni praescriptione, quae quidem ad dominium transferendum valeat, et bona fides (§ 264.) adsit necesse est, et possessio ejusmodi, qualem tamquam necessariam ordinariae praescriptionis conditionem supra (§ 263 et 266) descriptam dedimus [12]).

§ 268. C) *Communia de utroque praescriptionis genere praecepta.*

Praescriptionibus rite instructis atque absolutis dominium quaeritur perfectum ac legitimum [1]), et praeterea etiam, dummodo decem aut viginti ad mini-

3) L. 8. § 1. C. *h. t.* — Nov. 119. c. 7. in f. — *Fritz* l. l. p. 437.

4) Scil. ex Justiniani praecepto L. 30. C. *de J. D.* (V, 12.) (coll. cum L. 3. 4. C. *h. t.*); quo factum est, ut jam non esse prohibitam, sed quiescere dotalium rerum usucapionem rectius dixeris (§ 262. not. 13. § seq. not. 2.).

5) Nov. 22. c. 24. in f. (coll. cum L. 4. in f. C. *de bon. mat.* VI, 61.).

6) L. 3. C. *quib. non objic. l. t. praescr.* (VII, 35.) et Arg. L. 5. C. *in quib. caus. in int. rest. nec. non est* (II, 41.) *verb.* «: in *omnibus casibus*, in quibus vetera jura currere temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, *per in integrum autem restitutionem eis subveniebant*, ipso jure non currere. » — Dissent. *Fritz* in *Grolmani Loehrii*que Magaz. IV. p. 287. — Cf. et not. 7. et § 262. not. 7.

7) L. ult. C. *de fund. patrim.* (XI, 61.)—Caeterum etiam fisci rebus non nisi quadragenaria possessione praescribi posse, quod quidem vulgo contendunt, id nullibi diserte sanctum est, nec tale quid in iis locis invenies, ad quos provocare solent, qui contra statuunt, velut L. 4. et 6. C. *h. t.* — L. 6. C. *de op. publ.* (VIII. 12.)—Nov. 30. c. 7.— Caeter. vid. *Unterh.* I. p. 158. nr. 4.

8) Nov. 111.—Nov. 131. c. 6. (cf. L. 23. C. *de sacros. eccl.* (I. 2.)—Nov. 9.—*Gros* Gesch. d. Verjähr. p. 87 — 94.—*Savigny* Gesch. des R. R. im Mittelalter p. 191 sq. not. 42. — Cf. *Westphal* Arten d. Sachen etc. § 768. in f. — *Thibaut* Verjähr. § 29. nr. 6.). — *v. Buchholtz* jur. Abh. nr. XXIX.

9) L. 9. C. *h. t.*—L. 1. § 1. in f. C. *de ann. exc.* (VII, 40.)—Cf. L. 1. C. *de praescr. l. t.* (VII, 33.)— Cf. *Unterh.* I. p. 445 sqq. (nr. 5.). — Omnino vide *Linde* Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. II. Nr. V. VI.

10) Propter verba L. 3. C. *h. t.* : « sed pupillari aetate duntaxat huic eximenda sanctioni ; » coll. cum L. 4. et 8. *eod.* — L. 5. C. *in quib. caus. in int. rest. nec. non est.* — *Thibaut* Verjähr. § 29. p. 103. not. 3. — Sed vid. *Fritz* in *Grolmani* et *Loehrii* Magaz. IV. Nr. XV. p. 248 sqq.—*B. W. Pfeifer* pract. Ausführungen I. (Hannov. 1825. 4.) Nr. III. p. 19 sqq. — *Thibaut* Archiv f. civilist. Praxis IX. Nr. XXIII. p. 404 sqq. — *Unterh.* ausführl. Verj. Lehre I. p. 123 sqq. (nr. 3.)—*Goeschen* Grundriss p. 120 sq.

11) Cf. supra § 262. not. 5.

12) L. 2. L. 8. § 1. C. *h. t.*—L. 2. C. *de ann. except.* (VII, 40.)—(Cf. § seq. not. 3.).—Cf. § 268 not. 3. et imprimis *Fritz* diatr. not. (*) laudatam.

§ 268.

1) Vid. *Greg. Majansii* Disp. LXIV. (« De effectibus usucapionis »).—Caet. vid. *Fritz* l. l. p. 436.

mum annorum transcursum sit spatium, adversus eos quoque exceptio, quorum est pignorum persequendorum jus [2]). Quod si vero rei habet alienae conscientiam, qui eam domini animo tenet, ne triginta quidem vel quadraginta annorum possessione dominium ei acquiritur [3]). Igitur nihil ei tribuitur juris, nisi adversus dominium vindicantes exceptio [4]), tum vero jus ex possessione oriundum [5]). Fieri autem propter impedimentum aliquod potest, ut aut perfici nequeat praescriptio, quam quidem vocant quiescentem praescriptionem [6]), aut ejus, quae jam absoluta sit ac perfecta, in integrum restitutione rursus tollatur vis [7]). Quod quidem jus intra angustissimos fines conclusum est, siquidem nemo restituitur, nisi qui propter absentiam, aut suam ipsius aut adversarii, hujusque similes causas [8]) jus suum *ordinaria praescriptione* amisit. Quemadmodum igitur ignorantia s. error causa non erit in integrum restitutionis [9]), sic nec adversus longissimi temporis praescriptionem ulla datur restitutio [10]).

§ 269. D) *De immemoriali praescriptione* (*).

Quamvis vetustatis auctoritas, quam quidem immemorialem praescriptionem vocant, propric non sit in dominii acquirendi causis, tamen tanta est locorum inter se cognatio, ut utrumque juxta tractare haud inconveniens esse videatur. Igitur immemorialem praescriptionem interpretamur possessionis, vel jurium libertatisve quasi possessionis, auctoritatem, quae vetustate nititur, caque tali [1]), quae hominum memoriam excedat. Et cum juris Romani hac de re decreta non nisi in arctissimis unius materiae terminis regionibusque versentur [2]), nec satis

2) Etenim non minutum Justinianeis constitutionibus, sed potius confirmatum est jus atque auctoritas, quae quidem olim longi temporis praescriptioni tribuebatur (cf. § 261. not. 10. et 12.)

3) L. 8. § 1. C. *de praescr. XXX vel XL annor.* (VII, 39.)

4) L. 8. § 1. C. *de pr. XXX vel XL. annor*: «— —tunc licentia sit priori domino, vel creditori, qui omnino hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum ab injusto detentatore eam vindicare: non obstante ei, quod prior possessor triginta vel quadraginta annorum exceptione eum removerat —».

5) L. 8. § 2. *de pr. XXX vel XL annor.*: — Caeter. vid. et § 3. ejusd L. — *Unterh.* ausf. Varj. Lehre II. p. 80.

6) Vid. § 123. not. 4. 5. et § 207. not. 4. — *Thibaut* Verj. § 24. Quodsi, postquam coepta jam est usucapio, interveniat impedimentum ejusmodi, non interrumpetur praescriptio, sed subducetur tantum id tempus, quo continuari non poterat. c. 14. 15. X. *de praescr.* (II, 26.) Enimvero ne id quidem semper efficitur, ut sistatur usucapio superveniente tali impedimento. L. 16. D. — *De fundo dot.* (XXIII, 5.) (cf. § 262. not. 13.). — *De tempore hostilitatis* vide *Marezoll* in Zeitschr. für Civilr. u. Prozess T. VII. Nr. VIII.

7) *Thibaut* Verj. § 65—73. — *Unterh.* ausf. Verj. L. I. § 136. 137.

8) § 5. I. *de act.* (vid. *Vinn.* ad h. § nr. 3.) et supr. § 166. not. 4 — 8. et not. 11. — Caeterum sunt, qui statuant, restitutionis, quae propter adversariorum absentiam fiat, nullum superesse usum, ex quo Justinianus novum amittentibus jura sui conservandi proposuerit auxilium (L. 2. C. *de ann. exc.* Supra § 266. not. 9.). — *Unterh.* I. p. 493. — Sed. vid. *Thibaut* Verj. § 72. — *Dabelow* Verj. II. p. 383. not. i.

9) Arg. L. 1. D. *h. t.* (XLI, 3.) — L. ult. in f. C. *de praescr. l. t.* (VII, 33.) — Cf. *Vinn.* ad § 5. 6. I. *de act.* nr. 8. — Neque contraria est L. 6. D. *de calumn.* (III, 6.) — Vid. Archiv f. civilist. Pr. II. p. 366. nr. a. — Dissent *Thibaut* Verj. § 73. in f. ibique laud. scriptt.

10) L. 3. et 4. C. *de praescr. XXX vel XL annor.* — L. ult. C. *in quib. c. in int. rest. nec. non est* (II, 41.) — *Thibaut* l. l. § 65. — Quaeri igitur solet, num etiam usus aliquis superesse possit L. un. C. *si adv. usucap.* (II, 36.) — Cf. *Thibaut* § 67. et *Unterh.* I. p. 490. not 490. — [Cf. et *Goeschen* (Grundriss p. 119 sq.) qui et contra minores usucapionem ordinariam admitti contendit. — *Burchardi* (Wiedereinsetzung in den vor. Stand. § 10. p. 135 sq.) contra extraordinariam praescriptionem restitutionem non indulgeri, plane negat. — E. G.]

§ 269.

(*) *A. Ockel* Diss. de praescriptione temporis immemorialis. Alt. 1683. 4. — *Thibaut* Verj. § 74—86. — *P. Kritz* Exeget. pract. Abhandl. (Leipz. 1824.) Nr. 6. p. 146 sqq. — *Unterh.* ausf. Verj. L. I. § 140 —150. — *P. H. J. Schelling* die Lehre von der unvordenklichen Zeit. München. 1835.

1) Vid. enim *Brisson.* v. *vetustas* § 2. — Cf. *Dabelow* Verjähr. II. p. 48 — 66. — *Unterh.* l. l. p. 506—509. — *Schelling* l. l. Nr. I.

2) L. 2. pr. et § 8. D. *de aq. et aq. pluv. arc. act.* (XXXIX, 3.) — L. 3. § 4. D. *de aqua coll. et aest.* (XLIII, 20.) — *Schelling.* Nr. II.

certa sint atque finita, quae de hocce nostro argumento et in juris pontificii libris [3]), et in legibus imperii Romano-Germanici leguntur [4]) : fieri non potuit, quin gravissimis dubitationibus quaestionibusque doctrina ista de immemoriali praescriptione, ut vocant, implicaretur [4a]). Sunt tamen haec, quae a JCtis, tantum non omnibus, pro certis babentur atque exploratis : 1) Vetustas instar est juris legitime constituti [5]). 2) Vim habet baec praescriptio in omnibus omnino juribus, quae et acquiri a privatis hominibus, in eosque conferri possunt [6]), nec apertissima legum sanctione ab omni praescriptione exemtae sunt [7]). 3) Quoniam immemorialis praescriptionis auctoritas in eo omnis posita est, quod ejus rerum conditionis, qualis nunc appareat, non extet memoria (not. 6), sequitur, ut minime necessaria sint ea, in quibus possessionis justitia continetur, ut justus titulus [8]), ut bona fides [9]); quapropter in iis quoque causis, quae certo tempore adquiruntur, vetustatis esse potest usus. Quemadmodum autem id utique necesse est, ut eo ipso jure, de quo quaeritur, tamquam suo jure usus fuerit praescribens [10]) : sic nocebit immemoriali praescriptioni, si quandoque intra hominum memoriam alium rerum statum fuisse, atque nunc est, doceatur [11]). Caeterum vetustatis probatio non solum testibus fieri potest, verum etiam alils probandi subsidiis, ut instrumentis [12]), ut jurejurando [13]). Neque vero de testium aetate, nec omnino de temporis spatio, quo scilicet res ita constiterit, uti nunc est, certi quidquam statui potest [14]).

§ 270. II) *Dominium quomodo amittatur. Amissionis* A) *causae.*

Amittitur dominium aut dominorum voluntate, sponte se jure suo abdicantium, quae quidem alienatio vocatur, aut illis invitis ac necessitate quadam coactis. Et I) alienatur quidem res, aut alii eam tradendo, scilicet dominii transferendi animo (§ 250), aut derelinquendo (§ 251 not. 13), aut e rerum natura commerciove eam eximendo [1]). Licet autem ab eo, qui dominus non est, nec voluntate domini, fiat alienatio, tamen non utique est nullius momenti, quod agi-

3) c. 1. *de praescript.* in 6. (II, 13.)—c. 26 med. X. *de V. S.* (V, 40.) — Vid. not. 8. 14.

4) *Aur. Bull.* c. VIII. § 1. — Cf. not. 11.

4a) *Schelling* l. l. p. 73.

5) L. 3. § 4. D. *de aq. coll. et aest.* (« Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure *constituti loco habetur.* ») — L. 2. pr. *de aq. et aq. pluv. arc. act.* (« vetustas, *quae semper pro lege habetur*, minuendarum scilicet litium causa »).— *J. H. Boehmer* J. E. P. Lib. II. T. 26. § 39. 40.— *Schelling* l. l. p. 21 sq. — Cf. *Zimmern* in *cj.* et *Neustetelii* Abh. Nr. VI. — *Unterh.* p. 524. in f. — 526.

6) Qualia sunt cum regalia, ut vocant, tum immunitates, quae fere non adquiruntur privatis hominibus, nisi per privilegium.—Dissent. *Chr. Thomasius* D. de praescriptione regalium, ad jura subditorum non pertinente (in Dissert. acad. coll. T. I. Hal. 1773. Nr. 29.).—Sed vid. *J. H. Boehmer* D. de praescriptione contra leges § 10 sqq. — *Pufendorf* obss. jur. univ. obs. 151. § 10. — *Leyser* med. ad Pand. spec. 461. med. 9. 10. —Cf. *Unterh.* p. 523 sq. (§ 147.)

7) Cf. § 123. not. 1—Cf. caet. *Schelling* p. 111 sqq.

8) *c. 1. de praescr.* in 6.

9) *Thibaut* l. l. § 79. — *Schelling* p. 121 sq. — Dissent. *Leyser* sp. 460. m. 4.

10) *Pufendorf* l. l. § 9. — *Schelling* p. 118 sq. — Cf. § 129. not. 7.

11) Rec. imp. de 1548. § 56. 59. et de 1576. § 105. (« Wo aber innerhalb Menschen Gedenken der ausgezogen Stand dem Reich einmal, zwei oder mehr gesteuert hätte, so soll solcher Stand mitlerzeit nicht gefreiet, sondern dieselben zu reichen schuldig seyn. ») Cf. *Thibaut* § 78. 82. — Cf. *Unterh.* p. 530—532. — *Schelling* p. 145.

12) *Hofacker* princ. jur. civ. Rom. Germ. § 983 Nr. II. — *Thibaut* § 84. — *Kritz* p. 222. nr. I. — *Unterh.* p. 531. — *Schelling* p. 135.

13) *Pufendorf* obs. T. II. obs. 55. — Cf. *Schelling* p. 136.

14) L. 28. D. *de probat.* — [Quem in locum imprimis vid. *Schol.* Basilicor. T. III. p. 47. nr. 6.— *Glück* Pand. nach Heilfeld. T. XXI. p. 405 — 422. — *Schelling* p. 41 sqq. p. 144 sq.]—L. 2. § 8. *de aq. et aq. pluv. arc. act.* — c. 5. C. XXXV. qu. 6. c. 5. X. *de testib.* (II, 20.)—*Pufendorf* obs. I. 155. —*Thibaut* l. l. § 81. — *Schelling* p. 124 sqq.

§ 270.

1) § 9. I. *de rer. div.* — Cf. *Auctoris* Cession etc. p. 337 sqq.

tur, siquidem et usucapiendi conditionem efficere et doli exceptionem parere potest, quae rei venditae et traditae exceptio appellatur [2]). Fieri etiam potest, ut statim ab initio, qui dominus non est, nec mandante domino alienationem, plenissimum jus transferat ad alterum [3]); contra vero, ut interdicta sit domino rei suae alienatio [3a]). Quae quidem prohibitio aut lege nititur [4]), aut testamento, aut pacto. Quodsi lege prohibetur alienatio, dominium quidem transferri nequit ad accipientem, civilis possessio potest (cf. § 267). Sin testamento interdicta sit rerum alienatio, solo quidem prohibitionis jure non impeditur, quo minus fiat alienatio, nisi persona quaedam testamento scripta sit, ad quam tales res pertineant quandoque [5]); quo quidem facto is, ad quem deferetur successio in ejusmodi res, simulatque exstitit acquisitionis causa, jure legatarii vel fideicommissarii eas vindicabit [6]). Quodsi vero pacto cautum est, ut ne fiat alienatio, siquidem id nullo modo interesse potest ejus, cui hoc modo cavetur, plane nihil valet, quod actum est [7]). Sin secus, valet quidem, at plerumque eatenus duntaxat, ut pacti violati nomine in personam agi possit [8]). Hujusmodi igitur pactis impediri nequit, quo minus valeat alienatio in extraneum facta, nec in rem actionibus revocari aliter nequeunt res alienatae, nisi si a creditore pactum sit, ne liceat debitori, hypothecam alienare [9]). II) In earum vero causarum numero, quae invitis etiam dominis rerum dominia perimunt, hae imprimis sunt: rei in-

2) Dig. (XXI, 3.) *de exc. rei vend. et trad.* — *A. L. J. Michelsen* de exc. rei venditae et traditae. Berol. 1824. 8. — *v. Buchholtz* Versuche Nr. XIII. — *Mayer* in Zeitschr. f. gesch. R. W P. VIII. p. 35 — 47. — Quae quidem exceptio omnibus opponi potest, quicunque alienationem factam ratam habere debent. Quam in rem regulam proponere solent hanc: Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio rei vend. et traditae. *Westphal* v. Kauf etc. § 353. At non nimis accurate Vid. *Heise* Grundr. p. 41. not. 11. et infra nr. f. et g. — Jam vero his in causis utilis est r. v. et tr. exceptio: a) L. 1. pr. *h. t.* — L. 17. D. *de evict.* (XXI, 2.) — b) L. 1. § 1. D. *h. t.* — L. 14. C. *de R. V.* (III, 32.) — Cf. L. 2. 3. D. *h. t.* — L. 4. § 32. D. *de d. m. exc.* (XLIV, 4.) — c) L. 1. § 2. D. *h. t.* — d) L. 1. § 5. *eod.* — e) L. 13. C. *de evict.* (VIII, 45.) — f) Ei quoque, qui pignoris jure rem vendidit, exceptio obstat (L. 19. D. *de distr. pignor.* XX, 5.), qui quidem evictionis nomine plerumque non tenetur (cf. infra § 318. not. 18. 10.); praeterea g) fidejussori, qui pro evictione se obligavit: L. 11. C. *de evict.* Fidejussoris autem heredi non obstat (L. 31. C. *eod.*), licet de evictione praestanda teneatur. Dissent. *Glück* Comment. XX. p. 439 sq. At differentiae ratio haec est, quod fidejossor consensum alienationi dedit, adeoque, eum nihilominus rem vindicat, dolo facere videtur. Contra vero heres ipsius non nisi id implere necesse habet, quod vere promisit defunctus, i. e. ut indemnem quandoque praestet emtorem — Praeterea haec etiam observanda sunt: 1) eligere posse emtorem, utrum rem velit retinere, an evictionis nomine adversus vindicantem agere. (L. 17. 18. D. *de evict.*) 2) Et replicationibus excludi hanc exceptionem, velut a) L. 1. § 2. in f. et L. 3. D. *h. t.* — b) L. 32. § 2. D. *ad Sct. Vell.* (XVI, 1.) 3) Et exceptioni opponi posse (L. 4. § 32. D. *de doli mali exc.*) 4) nec non successoribus ejus, qui acquisierit, prodesse hanc exceptionem (L. 3. pr. D. *h. t.*). — Caeter. de antiquiori jure vid. *Pothier* Pand. Justin. h. t. Nr. IV. — *Michelsen* l. l. § 2. — Dissent. *Mayer* l. l.

3) a) § 1. I. *quib. alienare lic. vel non* (vid. infra § 318.). — b) Supra § 171. — c) § ult. I. *de usucap.* — L. ult. C. *de quadriennii praescr.* (VII, 37.) — Vid. *Seuffert* civilist. Erört. (Würzb. 1820.) p. 59—66. — *Unterholzner* ausführl. Verj. Lehre I. § 15. p. 53. et II. p. 326. nr. 7.

3a) Omnino vid. *Lauk* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. V. Nr. I.

4) Pr. et § 2. I. *quib. al. lic. vel non.* — De rei litigiosae alienatione vid. L. 4. C. *de litigios.* (VIII, 37.) — Cf. *Auctoris* Cession § 29. (p. 341 — 345.) § 31. p. 374. et supra § 144. not. 21. — Add. *Spangenberg* in Archiv. f. civ. Pr. IX. Nr. XXIV. p. 406 sqq.

5) L. 114. § 14. D. *de leg. I.*

6) Cf. L. 114. § 15. D. *de leg. I.* — L. 69. § 3. L. 77. § 27. D. *de leg. II.* (cf. L. 1. 2. C. *comm. de leg.* VI, 43.). — L. 3. § 3. C. *comm. de leg.* (§ 262. not. 15.).

7) L. 61. D. *de pact.* (II, 14.)

8) Vid. § seq. not. 5. a. et L. 135. § 3. in f. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 3. C. *de cond. ob caus. dator.* (IV, 6.) — Neque contraria est L. ult. C. *de pact. int. emt. et vend.* (IV, 54.) (*Auctoris* Cession § 27. p. 321 sqq. ed. 2.); non magis quam L. ult. C. *de reb. alien. non alienand.* (IV, 51.) («Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum domini alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, *sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. Similique modo et servitutes minime imponi*, etc. — *Glück* Pand. XVI. § 976. p. 66. — *Gesterding* Eigenth. R. p. 29 sq.) — Caeter. dissent. *Hertius* de pacto, ne dom. rem suam alien. § 17 sq. (opp. Vol. I. T. III. p. 64 sqq.).

9) *Auct.* Cession p. 328 sq. (3 ed.) L. 7. § 2. D. *de distr. pignor.* (XX, 5.) — Cf. *Glück* Pand. XVI. § 976. p. 57 sqq. — Cf. et § seq. not. 5.

teritus[10]), alienatio ejusmodi, quae fit creditorum jure (not. 5), denique causa acquirendi revocabilis (§ seq.); scil. praeter eas, quae ex dominii quaerendi ratione plenius cognoscere licet (§ 252. 254—260). Qua in re etiam monendum, sola corporali possessionis amissione non tolli dominium, praeterquam si ferae custodiam nostram evaserint[11]).

§ 271. B) *Vis atque effectus.*

Rei interitu non modo dominium perimitur, verum etiam aliorum in ea re jura, sive in personam sive in rem sunt, itidem extinguuntur[1]). Quodsi aliis ex causis dominium desinit, in personam quidem jura similiter perimuntur[2]), in rem vero suo statu plerumque manent[3]). Omnino autem in iis definiendis quaestionibus, quae ad amittendi dominii rationem spectant, multum interest, scire, utrum revocabilis causa dominii apud amittentem sit fueritve, an irrevocabilis. Revocabilis est causa 1) cum rerum ad plures pertinentium conjunctione dominium unius effectum est usque eo duntaxat, quoad illa maneret conjunctio (§ 257); 2) cum ad tempus duntaxat translatum est dominium, sive lege sive privatorum arbitrio id factum sit, tum etiam sub conditione, qua quidem existente ad priorem dominum revertatur dominium; 3) cum in dominio transferendo pactum adjectum est, quo pristino domino rursus sibi quaerere dominium liceat, velut displicentiae pactum, quod vocant; denique 4) cum causa adest ejusmodi, quae efficiat, ut ad rescindendum negotium agi possit. Et ex priori quidem causa, simulatque separatio facta est rerum junctarum, ipso jure instaurabitur dominium, ut jam vindicationibus peti possit[4]). Idemque de ea, quam secundo loco posuimus, dici plerumque poterit[5]), nisi aut ita apposita sit conditio, ut causam potius resolvendi dominii in se continere, quam ipso jure dominii exstinguendi vim habere videatur[6]), aut in potestate sit ejus, ad quem obli-

10) § 16. I. *de leg.* — L. 30. § 1. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.)

11) § 12. in f. I. *de rer. div.* — *Savigny* Besitz § 31. p. 358. not. 2. in f. (ed. 5.). — Cf. L. 44. L. 58. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — L. 55. § 4. D. *de furt.* (XLVII, 2.)

§ 271.

1) § 118. not. 2. — Add. L. 18. § 3. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — L. 136. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Caeter vid. a) L. 16. § 2. L. 35. D. *de pign.* (XX, 1.) — b) L. 27. *eod.* — c) L. 83. § 5. D. *de V. O.* — d) L. 20. § 2. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.)

2) L. 9. C. *de loc. et cond.* (IV, 65.) — L. 32. D. *eod.* (XIX, 2.)—Vid. infra § 415 not. 7.

3) § 252. not. 4. — Except. vid. infra § 316. not. 12. et supra § 261. not. 10.

4) Vid. supra § 252. § 256. (not. 9.) § 257.

5) a) L. 30. C. *de jure dot.* (V, 12.) — b) L. 41. pr. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 13. pr. D. *de pigner. act.* (XIII, 7.) — L. 4. § 3. et 4. D. *de in diem add.* (XVIII, 2.) — L. 19. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — («Si hominem emisti, ut, si aliqua conditio exstitisset, inemtus fieret, et is tibi traditus est, et postea conditio emtionem resolvit, tempus, quo apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo, quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni *similis,*» — [necesse igitur non est, ut agatur ad redhibendam rem] — «in qua non dubito, tempus ejus, qui redhibuerit, venditor accessurum, *quoniam ea venditio proprie dici non potest.*» — Cf. *Unterholzner* ausf. Verj. L. I. p. 478. not. 476.) — L. 8. D. *de lege commissor.* (XVIII, 3.) — L. 4. C. *de pact. inter emt. et vend.* (IV, 54.) — Caeterum hoc jus esse perpetuum videtur *Thibautio* in civ. Abhandl. p. 366 — 378. (Nr. II.). et Archiv für civ. Praxis T. XVI. Nr. XIV. — *Muller* civilist. Abhandl. Nr. VII. — Sed vid. not. seq. et § 407. not. 3.

6) Id quod ex loquendi formulis hanc in rem usitatis, velut: ut inemta res *fieret* (L. 4. pr. D. *de lege commiss.*), ut ad venditorem *reverteretur* (L. 3. C. *de pact. int. emt. et venditorem*), similibusque facile cognosci poterat et hodieque cognoscitur. Vid. omnino *Zimmern.* im Arch. f. civilist. Pr. V. Nr. IX. p. 234 sqq. — Cf. et *Muller* l. l. § 6. p. 302 sqq. — *Thibaut* Archiv f. civ. Pr. T. XVI. p. 402 sq. et *A. L. Z.* anni 1835. — Nr. 70 p. 557. — *Zimmernus* quidem hac in re errare nobis videtur, quod, dominio venditoris instaurato, fieri non posse arbitratur, ut jus aliquod ex venditionis contractu apud ipsum etiam remaneat, p. 244 sqq.; nullo sane usus probabili argumento. Eidem tamen adstipulatur *G. Riesser* in Zeitschr. für Civilr. u. Process II. p. 295 sq., caeteroquin et a *Thibautio*, et a *Zimmerno* toto genere dissentiens, siquidem

gatio spectat rei quandoque restituendae, utrum impleri velit conditionem, nec ne [7]). In reliquis omnibus juris revocandi causis contra est, scil. ut non fere nisi in personam ad restituendum dominium agi possit [8]). Jam vero, cum in rem actione repeti poterit dominium, non solum alienationes factae retractantur, sed onera quoque exstinguuntur, si quae interim rei imposita sunt [9]); ex quo regulam solent efficere hanc: Resoluto jure dantis, etiam resolvi jus accipientis. Sin vero in personam tantum actiones locum habent, tum, quemadmodum res alienata non potest revocari, sic etiam onera pati necesse habet is, ad quem dominium rei revertitur [10]). Quam quidem causarum differentiam hoc modo exprimere consueverunt recentiores, ut dominium dicant resolvi aut *ex tunc* aut *ex nunc*.

TIT. III. DE ACTIONIBUS EX DOMINIO ORIUNDIS.

§ 272. *Quaenam omnino competant domino, eive, qui instar est domini, actiones.*

Inter eas actiones, quae dominii tuendi gratia comparatae sunt, vel maxime eminet rei vindicatio, qua dominus rem suam a quovis ejus possessore repetit. Ad eamque adjuvandam peculiaris etiam in integrum restitutionis causa prodita est, de qua paulo plenius dicetur suo loco (§ seq. not. 13). Similis autem rei vindicationi est Publiciana in rem actio, quae bonae fidei possessori, amissa possessione, datur, velut domino, adversus quemcunque, qui non aequali jure vel meliori gaudeat. Potest praeterea dominus et negatoria uti actione et interdictis possessoriis [1]). Et negatoria quidem locum habet, cum ad depellendos eos, qui servitutem sibi adserunt, tum vero etiam ad alia e medio tollenda incommoda, quibus dominii usus impeditur et velut servire res videatur [2]). At de ea non est, quod hoc quidem loco uberius exponatur (cf. infra § 396).

§ 273. 1) *Rei vindicatio.* (*) 1) *Inter quasnam personas locum habeat.*

Rei vindicatio [1]) est in rem actio specialis, qua rem suam esse intendit domi-

opinatur, in personam actionibus semper esse rei petendam restitutionem, nisi *ex conditione* contractum esse manifesto appareat. (Zeitschr. II. Nr. I. p. 1 sqq. et Nr. VIII. p. 270 sqq.). Scilicet *ob causam dationes* commiscet cum negotiis, quae *ad conditionem* contrahuntur (velut p. 28 sqq.), tum vero contortis interpretationibus crisisque abusu removere conatur, quae manifesto contraria sunt. (Vid. v. c. p. 286 — 292.)

7) L. 3. D. *quib. mod. pign. solv.* (XX, 6.) — *Zimmern.* l. l. p. 250 sqq. — *Riesser.* l. l. p. 25. — *Thibaut* l. l. p. 383. — *Müller* l. l. p. 278 sqq.

8) L. 75. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 21. § 5. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 6. D. *de resc. vend.* (XVIII, 5.) — L. 43. § 8. D. *aedil. edict.* (XXI, 1.) — Except. vid. L. 9. § 8. D. *quod met. causa.* (IV, 2.) — L. 13. § 1. D. *de min.* (IV. 4.) — Caet. vid. et L. 29. 30. *de m. c. d.* (XXXIX, 6.) et L. 1. C. *de don., quae sub modo.* (VIII, 55.); de quarum argumento suis in locis plura dicentur. — Cf. *Müller* l. l. § 7. p. 316 sqq.

9) L. 11. § 1. D. *quemadm. serv. amitt.* (VIII, 6.) — L. 4. § 3. D. *de in d. add.* (XVIII, 2.) — L. 3. D. *quib. m. pign. solv.* (XX, 6.) — L. 105. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) — Cf. et L. 31. D. *de pign.* (XX, 1.) et L. 4 — 7. D. *de fundo dot.* (XXIII, 5.)

10) a) L. 3. in f. *quib. m. pign. solv.* — Cf. *Finn.* sel. qu. II. c. 5. — *Glück* Pand. XVII. p. 108 sqq. — b) L. 43. § 8. D. *de aedil. edict.* — Vid. omnino *Fritz* im Archiv f. civilist. Praxis VIII. Nr. XI et *Riesser* l. l. p. 9 — 13.

§ 272.

1) L. 12. § 1. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — L. 24. D. *de R. V.* (VI, 1.)

2) L. 13. L. 14. § 1. L. 17. pr. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 6. § 2. D. *arb. furt. caes.* (XLVII, 7.) — *Heise* Grundriss (ed. 3.) p. 42. not. 14.

§ 273.

(*) Dig. (VI, 1.) Cod. (III, 32.) *de rei vindicatione.*

1) *Duroi* in Archiv f. civilist. Praxis VI. p. 256 sqq. — Cf. supra § 138. not. 4.

nus [2]), eamque cum omni causa judicis arbitrio restitui sibi ab ejus possessore petit [3]). Igitur I) qui agit, dominus sit necesse est [4]). Quemadmodum autem et qui revocabile tantum habet dominium, potest in rem agere [5]): sic contraria ratione efficitur, ut ei, ad quem quandoque revertatur dominium, dum hoc exspectatur, jus non sit vindicandi [6]). II) Conveniri potest quicunque possidet rem [7]), is quoque, qui in possessione tantum est alieno nomine [8]), hoc pacto, ut nisi statim in judicio nominet eum, cujus auctoritate rem teneat, litis periculum suscipere necesse habeat [9]). Quodsi vero, qui domini affectione rem tenet aut omnino se possidere negat, aut alieno nomine eam a se possideri falso affirmat, hac velut poena afficitur, ut ad adversarium transferatur possessio [10]). Possunt etiam, qui non possident, tamen condemnari velut possessores, hi quidem: 1) qui se rei defensioni sine causa ignoranti actori obtulerunt, certe post litem contestatam [11]); 2) qui dolo malo effecerunt, quo minus possiderent [12]). Praeterea est etiam in integrum restitutio adversus eum proposita, qui dolo malo rem alienavit, ut alium suo loco substitueret adversarium, dulioremque efficeret conditionem ejus, qui aut vindicationem aut in rem scriptam habeat actionem, aut communi dividundo uti velit actione [13]). Ex quo autem jus, Scto Juventiano (not. 16) hereditatum petitoribus constitutum, etiam ad singularum rerum vindicationes translatum est [14]), non nisi perexigua hujus restitutionis superest utilitas [15]). Jam vero qui hisce modis possessores esse finguntur, eatenus tenentur, ut litis aestimationem solvere cogantur [16]); nec qui dolo fecit, quo minus possideret, petere potest, ut adversarius ei cedat actionibus, quas ejus rei nomine habet [17]). Potest autem eligere actor, utrum velit convenire, eumne, qui fingitur esse possessor, an eum, qui vere possidet; neque vero liberabitur verus possessor eo, quod prius adversus fictum possessorem expertus sit domi-

2) Utrumque quomodo vi atque effectu differat vid. infra § 276. not. 7. — Cf. et infra not. 4. in f.

3) L. 1. pr. et § 1. D. *h. t.* — § 1. in f. I. *de act.* — § 2. I. *de offic. jud.* — Cf. L. 12. § 1. D. *de a. v. a. p.* (XLI. 1.) — Vid. *Savigny* Besitz § 6. in f. — § 32. p. 380 sqq. — Vid. et supra § 138. not. 4.

4) L. 23. pr. D. *h. t.* — a) § 260. not. 1. Add. *Glück* Pand. VIII. p. 159—188. — b) L. 63. D. *h. t.* — L. 55. § 4. D. *de ctr. emt.* (XVIII, 1.) — L. ult. C. *de h. v. a. v.* (IV, 39.) — c) L. 72. D. *h. t.* — L. 15. C. *eod.* — De quaestione inter recentiores JCtos agitata: utrum eo tempore, quo sententia feratur, sufficiat, dominium ad eum pertinuisse, qui petit? vid. *Glück* Pand. VIII. p. 147 sqq. Ad quam ut negando respondeamus, principiis alibi positis ac certo agnitis magis convenit; L. 23. D. *de judic.* (V, 1.) At secus id visum fuit Pontifici, qui ita rem definivit, ut, si quis egerit ex aliqua certa et speciali causa, quae quidem postea demum eveniat, res non videatur in judicium esse deducta; sin generaliter jure domini rem petierit, nulla expressa acquisitionis causa, judici tantum anquirendum esse: num sufficienter constet de jure actoris. c. 3. *de sent. et re jud. in* 6. (II, 14.)

5) L. 41. pr. L. 66. D. *h. t.* — L. 24. D. *rer. amotar.* (XXV, 2.) — L. 2 9. D. *de m. c. d.* (XXXIX, 6.)

6) L. 29. D. *de m. c. d.* — L. 9. C. *h. t.* — L. 30. pr. C. *de J. D.* (V, 12.) — Caeter. vid. a) L. 29. C. *eod.* — b) § 257. not. 4. 5.

7) L. 1. C. *ubi in rem actio.* (III, 19.) — *Branchu* obs. Dec. II. c. 15. — Cf. et not. 18. — De possessorum heredib. vid. L. 42. 51. 55. D. *h. t.*

8) L. 9. D. *h. t.* — *Heimbach* de dom. prob. p. 91 — 96.

9) L. 2. C. *ubi in r. act.* (III, 19.) — Cf. *Goenner* Handb. d. Proc. I. Nr. XVI. — *Auctoris* Entwurf des Civilproz. § 235. in f.

10) L. ult. D. *h. t.* — Nov. 18. c. 10. — *Goenner* l. l. § 7.

11) L. 25. 26. 27. pr. D. *h. t.*

12) L. 27. § 3. D. *h. t.* — (Cf. L. 20. § 6. D. *de H. P.* (V, 3.) — L. 157. D. *de R. J.*

13) Dig. (IV, 7.) Cod. (II, 55.) *de alienat. jud. mut. causa facta.* — *J. C. W. Steck* de al. j. m. c. f. Frcf. (s. die et a.) — [De hujus actionis natura vid. § 158. not. 4. et *Auctoris* Cession p. 351. not. 230. — A. L. Z. anni 1835. fasc. 67. p. 532 sqq.]

14) Historicam hujus rei rationem exposui in libro: Cession d. Ford. R. § 29. et 30. — Cf. et *Dirksen* Beitr. z. Kunde d. R. R. (Leipz. 1825.) p. 312—315.

15) V. c. in his causis: a) L. 3. § 2. 3. D. *h. t.* — b) L. 4. pr. *eod.* — c) L. 24. § 1. D. *comm. div.* (X, 3.) — Cf. *Steck* l. l. c. 2. § 6. in f. § 11. et *Glück* Pand. VI. p. 63 sq.

16) L. 27. pr. L. 68. verb. *si vero.* — L. 69. L. 71. D. *h. t.* — L. 45. D. *de H. P.* (V, 3.) — De heredibus vid. L. 52. D. *h. t.*

17) L. 69. D. *h. t.* (cf. *Auctoris* Cession p. 402. ed. 2.).

nus litisque aestimationem tulerit [18]). Caeteroquin in condemnando vero possessore tempus spectandum est, quo res judicatur, hac quidem potestate, ut condemnari debeat, qui illo tempore possidet, quamvis tum, cum lis contestata est, non possideret [19]); contra vero absolvendus sit, qui sine dolo aut culpa amisit possessionem, utique si bona fide possidebat (§ 275) [20]).

§ 274. 2) *Res, quae vindicatione petantur.*

Vindicatur res cum omni causa. I) Res autem sit ex corporalium numero [1]), nec fere vindicantur nisi singulares [2]), itemque certae res. Debet igitur accurate designari rerum et species, et numerus, et qualitas, et modus ac magnitudo, si quidem quid sit, quod petatur satis intelligi atque distingui aliter nequeat; cui etiam consequens est, ut fundum petiturus, et quo loci sit significare necesse habeat [3]). Partis quoque cum pro diviso tum pro indiviso potest esse vindicatio [4]), incertae etiam, dummodo justa appareat talis admittendae vindicationis causa [5]). Atque II) ad causam rei praeter accessiones et fructus [6]), referenda etiam est damnorum restitutio incommodorumque, quibus ideo afficitur petitor, quod propter adversarium rei suae possessione cariturus erat [7]).

§ 275. 3) *Possessoris obligatio.*

Possessoris adversus petitorem obligatio aut ex dolo proficiscitur (§ 273. nr. II, 2.), aut ex mora. Cujus et causa et vis longe alia est in bonae quam in malae fidei possessore. In hujus enim persona incipit mora, simulatque ipse coepit possidere [1]); contra vero in ejus, qui bona fide possidet, non nisi ex litis motae tempore [2]), ut, si antea rem neglexit, suam ipsius neglexisse videatur

18) L. 7. D. *h. t.* — L. 13. § 14. D. *de H. P.* (V, 3.)—L. 95. § 9. D. *de solut.* (XLVI, 3)

19) L. 27. § 1. D. *h. t.*—*Averanii* interpr. jur. 4. c. 23. nr. 5 sqq. — *Gluck* Pand. VIII. § 586. in f. p. 212. — *Keller* Lit. Constit. u. Urtheil. p. 191 sqq.

20) [L. 27. § 1. D. *h. t.* — L. 17. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.), quibus locis de dolo solo tractatur. Ex iis vero, quae infra § 275. dicentur, sequitur post litem contestatam et culpam esse praestandam. — E. G.

§ 274.

1) § 245.— L. 1. § 1. D. *h. t.*— L. 3. D. *testam. quemadm. aper.* (XXIX, 3.)

2) L. 3. § 1. D. *h. t.* Caeterum ad singularum vindicationum ambages evitandas ac difficultates, universi etiam gregis admissa est vindicatio, licet singula capita ad petitorem non pertineant, dummodo pleraque sint ejus, hac quidem potestate, ut in restituendo grege secernantur atque retineantur ea, quae petitoris non sint. L. 1. § 3. L. 2. L. 3. pr. D. *h. t.* — Idemque etiam in alias universitates valere, quas quidem *facti univ.* vocant, sat solidis rationibus defendi potest. —Vid. supra § 223. not. 16. 17.

3) L. 6. D. *h. t.*

4) a) L. 8. D. *h. t.* — « Pomponius probat; si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. » — Cf. § 224. not. 2. — b) L. 49. § 1. D. *h. t.*

5) a) L. 76. § 1. D. *h. t.* — b) L. 3. § 2. L. 5. pr. *eod.* — Vid. supra § 259. in f.

6) a) L. 35. et 246. D. *de verb. sign.* — L. 17. § 1. L. 20. D. *h. t.* — b) L. 22. C. *h. t.*—Cf. § 228. nr. 1.

7) L. 17. D. *h. t.* — L. 18. 21. *eod.*

§ 275.

1) L. 8. § 1. L. 17. L. ult. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.) — L. 19. D. *de vi* (XLIII, 16.). — L. ult. C. *de cond. ob turp. caus.* (IV, 7.)

2) L. 45. D. *h. t.* — L. 25. § 7. D. *de H. P.* (V, 3.) — L. 2. in f. C. *de fruct. et lit. exp.* (VII, 51.) — *C. C. Hasse* D. de lit. contestatione an et quatenus b. f. possessor per eam in mala fide constituatur. Goett. 1780. — Cf. *H. Pfotenhauer* D. quaenam jure Romano possessori ratio intercedat cum domino. (Grimae 1830.) § 14; inprimis vero *C. F. Fabricius* D. de obligatione ejus, qui rem bona fide nec pro herede possessam ante jud. petitorium susceptum possidere haud dolo malo desiit. Goett. 1832.

rem [3]). Jam vero I) quod ad ipsam attinet rem, quae petitur, malae quidem fidei possessor periculum casus, vel peremtae vel in deterius mutatae, sustinet, utique tum, si non aeque interitura fuisset apud petitorem [4]). At bonae fidei possessor, nisi de petitoris jure liquido constiterit, culpae tantum nomine condemnandus est [5]). Quodsi durante lite res alienantur, semper quidem pretium, quod acceptum est, restitui debet; malae autem fidei possessor, nisi vel ex necessitate rem distraxit, vel casu ea deperdita est deminutave apud emtorem, aut illud ipsum, quod petitur, aut plenissimam litis aestimationem praestare necesse habet [6]). Et II) similis est in causa restituenda inter utrumque possessorem differentia, siquidem malae fidei possessor fructus utique omnes restituere debet, eos quoque, quos ipse percipere potuisset petitor, si ei in possessione esse contigerit; at vero bonae fidei possessor, quamvis lite coepta malae fidei possessoris loco quodammodo habeatur, tamen ad eos duntaxat restituendos fructus tenetur (not. 2.), quos ipse aut reapse percepit aut percipere neglexit (§ 228. nr. 1.). Caeterum III) ab utroque possessore ex judicis sententia rei facienda est restitutio, hoc pacto, ut, nisi sententiae ille pareat, eligere possit petitor, utrum judicis officio ad se rem malit transferri, an litis aestimationem sibi solvi [7]); quo quidem facto res, quasi de ea transactum sit, ad possessorem pertinebit [8]). Fieri autem ibi solet restitutio, ubi res est, nisi rem ex mobilium genere alibi sibi exhiberi petitor malit; idque sumtibus plerumque actoris fieri debet, praeterquam si aut malae fidei possessor alio in loco rem nactus sit, aut reus illam ab eo loco, ubi lis coepta est, subtractam transtulerit alio [9]).

§ 276. 4) *Ipsius controversiae ratio.*

Actor probare necesse habet, cum possidere eum, aut pro possessore esse habendum, quocum agit, tum vero ad se pertinere dominium rei, quam petit [1]). Cujus quidem probationis ratio in legitima dominii acquisitione vertitur tota; de quo si fides judici facta fuerit, adversarius a petitore dominium rursus recessisse debet demonstrare [2]). Materia autem probandi e singulis acquisitionum causis pendet, hoc pacto, ut in derivativis quidem acquisitionibus, nisi a fisco res quaesita sit [3]), etiam de auctoris jure judicem edoceat petitor [4]); quae tamen

3) L. 31. § 3. D. *de H. P.* (V, 3.)

4) L. 40. pr. D. *de H. P.* — L. 15. in f. D. *h. t.* —L. 30. § 1. D. *de jurejur.* (XII, 2.) — (Cf. infra doctrinam de damnis. § 373. II. 5.

5) Cf. inter se L. 12. § 4. D. *ad exhib.* (X, 4.) — L. 40. pr. D. *de H. P.* (V, 3.) — L. 21. L. 36. § 1. D. *h. t.*—Vid. et infra § 371. in f.

6) L. 15. § 1. D. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. VIII. p. 245 sqq. (Nr. II.)

7) L. 68. D. — L. 21. C. *h. t.* — §. 2. I. *de off. jud.*

8) L. 46. 47. D. *h. t.* — Cf. *Averanii* interpr. I. 15.

9) L. 38. § *Si autem* D. *de jud.* (V, 1.) — L. 10 —12. D. *h. t.* – L. 1. § 4. D. *ad exhib.* (X, 4.)

§ 276.

1) a) L. 36. pr. D. *h. t.* (cf. L. ult. D. *h. t.* — Nov. 18. c. 10.).—b) L. 2. L. 18. C. *de prob.* (IV, 19.)—L. 24. D.—L. ult. C. *h. t.*—cf. L. 11. C. *de petit. hered.* (III, 19.)

2) Arg. L. 16. C. *de prob.* (IV, 19.)

3) § ult. I. *de usuc.*

4) Arg. L. 20. pr. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.)—L. 35. § 4. in f. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)—L. 11. § 2. q *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 16. C. *de probat.* (IV, 19.)—Unde dominii probationem *diabolicam* vocat Accursius. Vid. *Leyser* med. ad Pand. sp. 99. nr. 1. — Nec igitur sufficit, causam per se quidem idoneam dominio acquirendo probasse, unde ad petitorem profecta sit res. — Cf. *Glossa* ad L. 1. pr. D. *de publ. in rem act.* et ad L. 12. C. *de probat.*—*Hoepfner* Comment. § 344. nr. 1.—*Gesterding* Eigenth. Recht p. 360 sqq. — *Idem* Ausbeute etc. II. p. 435 sqq. (nr. 10.)—*Unterh.* Archiv f. civ. Pr. VII. Nr. XIII. — *C. G. L. Heimbach* de dominii probatione ex principiis juris tam Romani quam Saxonici. Lips. 1827. 8.—*Hollweg* Versuche über die Theorie des Civilproz. p. 300 sq. (Nr. 1.)

probatio, cum penitus absolvi fere nequeat, intra conjecturarum ac praesumtionum fines plerumque consistat necesse est, praeterquam si is, qui rem petit, certe eam esse usucaptam, aut ab ipso aut ab ejus auctore, haud dubiis argumentis demonstrare potest [5]. Quemadmodum autem probando, partem rei ad se pertinere, minime satisfecit officio petitor: sic etiam consequens est, ut nec eo liberetur ab onere probandi, quod partem rei petitoris esse confitetur adversarius, partem sibi vindicat [6]. Caeterum actor, qui causa non probata frustra egit, non impeditur, quo minus adversus eundem possessorem ex alia dominii acquirendi ratione rursus judicio experiatur, praeterquam si generatim, nec ulla expressa acquisitionis causa, rem esse suam intendit petitor [7]. — Possessor vero defensionibus utetur his potissimum: primum, ad se pertinere dominium [8], quo in genere etiam est exceptio rei venditae et traditae (§ 270. not. 2.). Deinde doli exceptione, scil. impensarum nomine [9], quae quidem actionibus peti nequeunt, certe secundum Romani juris praecepta [10]. Tum, sine dolo aut culpa possessoris rem esse deperditam (§ 275. I.). Praeterea jus sibi esse in ea re, sive in rem, sive in personam, quod quidem agnoscere teneatur petitor [11]. Sunt etiam causae, quae efficiant, ut aut rei pretium reddere possessori necesse habeat petitor [12], aut, propter alius petitoris jus, cautionem exhibere de re quandoque praestanda [13], aut actionibus cedere possessori [14].

§ 277. II) *Publiciana in rem actio* (*).

Publiciana in rem actio ad rei vindicationis similitudinem civilis possessionis tuendae gratia primum introducta [1], postea cum ad eas causas translata est, quae etiam sine possessione rerum dominia efficere solent [2], tum vero jurium

—*v. Falkenstein* in Archiv f. civ. Pr. X. Nr. XI. — At dissent. *Schoeman* Handb. II. Nr. III. et inprimis *Thibaut* Arch. f. civ. Pr. VI. Nr. XV., maxime provocans ad L. 4. et L. 12. C. *de probat.* — Cf. et *Henschel* Arch. f. civ. Pr. IX. Nr. XVI. (cf. ephemer. jur. Erlang. T. VI. p. 4 — 6.) et inprimis *P. L. Kritz* über die Vindication u. die Publicianische Klage. (Dresd. 1831.)

5) *Heimbach* l. l. S. 1. c. IV. § 4. — Facilior etiam probandi ratio est, cum aut res vindicantur, quae contra legis probibitionem alienatae sunt, aut dominium revocatur, aut in rem actione utili petuntur, quae petitoris pecunia comparata sunt. *Heimbach* ibid. § 5 — 10. — Cf. et *Gluck* Pand. VIII. p. 159 sqq.— De eo, qui propter alias causas, velut ad servitutes vel vindicandas vel propulsandas, dominium probare necesse habet, vid. eund. ibid. § 18 sqq.

6) Arg. L. ult. C. *de R. V.* (VI, 1.) — *Arndts* in Rhein. Mus. III. p. 215 sqq.

7) L. 11. § 2. L. 14. § 2. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.) — *Keller* über L. C. u. Urtheil § 35. p. 283 sqq. — *Heffter* in Rhein. Mus. III. p. 222 sqq. — A quibus dissent. *Puchta* ib. II. p. 251 sqq.

8) *Gesterding* Eigenth. R. § 49. p. 366 — 308. (At vero *contravindicationis* nomen, quod quidem solenne apud Romanos fuisse *Gesterd.* affirmat, nuspiam in veterum libris legitur.) — Cf. et *Heimbach* l. l. p. 32 sq.

9) Quae in fructus, quatenus quidem restituendi sunt, intra modum fiunt impensae omnimodo rependendae sunt. L. 1. C. *de fructib.* (VII, 51.); itemque necessariae in rem factae, utiles vero non nisi ei, qui bona fide rem possidere coepit, L. 5. C. *h. t.* (III, 32.) — Cf. L. 38. D. *h. t.* (VI, 1.) et supra § 232. not. 5 — 9. — Vid. et *Pfotenhauer* diss. cit. § 15.

10) L. 33. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. 14. D. *de d. m. exc.* (XLIV, 4.)(cf. § 232. not. 11.) — *Gluck* Pand. § 502. in f.—*Gesterding* Ausb. IV. p. 210 sqq. Nr. IV.

11) Arg. L. 20. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — Nov. 18. C. 10.

12) Velut L. 14. L. 16. C. *de praed. et al. reb. min.* (V, 71.) — Cf. *Westphal* rechtl. Abh. v. d. Fällen, in welchen d. Eigenthümer seine etc. Sachen entw. gar nicht, od. nicht unentgeldl. abford. kann. Halle 1787. 4.

13) L. 57. D. *h. t.* — (Cf. *Gesterding* l. l. p. 370 sqq.) — L. 58. *eod.*

14) L. 63. D. *h. t.*

§ 277.

(*) Dig. (VI. 2.) *de Publiciana in rem actione.* — *F. T. Eckenberg* D. de Public. in rem act. *ret.* Lips. 1821. 8. supra (§ 363. not. 6.) laud. — *C. J. Guyet* de Public. in rem act. Heidelb. 1823. 8. — Cf. et *Kritzii* diatr. § 276. not. 4. laudatam.

1) § 4. I. *de act.* (*Gaji* Inst. IV. 36.).— L. 1. pr. D. *h. t.*—Dissent. *Guyet* § 7. 13. 14.—Caeter. vid. *Zimmern* Rhein Mus. III. p. 329 sqq. et supra § 245. not. 9.

2) L. 1. § 2. L. 2. L. 3. pr. L. 12. § 1. D. *h. t.* — *Vinnii* sel. jur. quaest. I, 27. — *Noodt* ad Pand.

quasi possessoribus impertita[3]). Cujus ea est vis, ut adversarius, qui quidem infirmiori jure possideat, cedere possessione ac rem cum omni causa restituere cogatur[4]). Jam vero in earum genere causarum, quae huic actioni introducendae velut ansam dederunt, talis fere apud petitorem fuerit possessio necesse est, qualis ad usucapionem ipsi poterat prodesse[5]). Infirmiori autem jure videtur possidere non modo is, qui nullo jure possidet, verum etiam cui posteriori ab eodem non domino res tradita est; quodsi a diversis auctoribus uterque rem acceperit, melior est causa possidentis, quam petentis[6]). Fieri adeo potest, ut adversus ipsum quoque dominum haec actio locum habeat[7]). Neque vero est, quod dubitemus, quin etiam is, qui dominium rei sibi tribuat, tamen Publiciana in rem actione uti possit[8]); quae quidem insigniter ei profutura est ad onus sublevandum probandi[9]).

CAPUT IV.

DE SERVITUTIBUS.

Jo. d'Avezan servitutum liber (ap. *Meerm.* T. IV. p. 119—232.). — *E. C. Westphal* interpr. jur. civ. de servit. et libert. praedior. Lips. 1773. 8.

TIT. I. SERVITUTUM NATURA ATQUE INDOLES GENERATIM EXPONITUR.

§ 278. *Servitutum notio et species* (*).

Servitus est jus in rem, aliena re aut utendi aut a libero ejus usu dominum prohibendi facultatem continens, idque cohaerens praedio vel personae[1]). Et summa quidem servitutum divisio ab eo ducitur, cui debetur servitus. Sunt igitur aut *praediorum*[2]), quae quidem prae caeteris veniunt servitutum nomine,

h. t. § *volens igitur Praetor.* — Dissent. *Westenberg* pr. jur. Dig. *h. t.* § 4.—*Guyet* § 16.

3) L. 11. § 1. L. 12. § 2. et 3. D. *h. t.*—Cf. L. 13. § 1. *eod.*

4) L. 7. § 6. et 8. D. *h. t.*—(*Hofacker* princ. jur. Rom. etc. T. II § 1033.). — L. ult. *eod.*

5) L. 3. § 1. L. 4-6. L. 7. pr. et § 17. L. 9. § 5. L. 11. § 2 sqq. — Exc. vid. L. 8. D. *h. t.* (*Unterholzner* ausf. Verj. L. 1. p. 358.). — At vero non recedit a communis juris regula L. 7. § 17. in f. D. *h. t.* « — Nec quisquam putet hoc nos existimare, sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, *sed oportere et tunc bona fide emtorem esse.* » — Vid. *Gluck* Pand. VIII. § 597. p. 337 — 346. et ibi laud. scriptt.; inprimis vero *Moellenthiel* über die Natur des guten Glaubens p. 59—61. et *Backe* interpret. jur. Roman. Cap. 2. — Eundemque cf. *Gluckium* cum de ea quaestione: num ex juris canonici principiis superveniente mala fide impediatur Publiciana in rem actio (l. l. p. 346 sq.); tum vero de dissensu inter Paulum atque Ulpianum L. 2. § 16. D. *pro emt.*—L. 7. § 2. D. *h. t.* (l. l. p. 349 sqq. Vid. et *Guyet* § 18.).

6) L. 9. § 4. D. *h. t.* — (cf. et *Schoeman* Handb. II. p. 54 sqq.). — Caeter. a Juliani sententia manifesto recedit Neratius L. 31. § 2. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)—Cf. *Noodt* ad *h. t.* § *sequitur, adversus.* — *Pothier* Pand. Justin *h. t.* Nr. XXIII. not. p. — Omnino cf. *Rosshirt* in *ej.* Zeit schr. T. I. 237 — 243. Nr. IV.

7) Velut a) L. 2. D. *de exc. rei vend. et trad.* (XXI. 3.)—L. 72. D. *de R. V.*—Cf. L. 14. D. *h. t.* —L. 4. § 32. D. *de d. m. exc.* (XLIV, 4.)—b) L. 28. D. *de noxalib. actionib.* (IX, 4.) — c) L. 18. § 15. D. *de damno. inf.* (XXXIX, 2.) — d) L. 63. D. *de R. V.* (cf. *Voet* ad Pand. *h. t.* § 8.).—L. 22. pr. D. *de act. rer. amot.* (XXV, 2.)—e) L. 24. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.)

8) *Heimbach* de dominii probat. S. I. c. IV. § 12. (p. 108 sqq.). — Neque vero contraria est L. 1. § 1. D. *h. t.* quippe de causa introducendae hujus actionis, non de jure illius instituendae intelligenda.

9) Vid. *Wernher* obs. T. II. P. 9. obs. 23. — *Heimbach* l. l. § 13.

§ 278.

(*) Dig. (VIII, 1.) *de servitutib.*

1) *Loehr* Magaz. Bd. III. Nr. XVI, 2.—*v. Buchholtz* Vers. Nr. XIV. (Allg. L. Z. anni 1831. fasc. 135 p. 378. 39.)—Cf. *Puchta* Rhein. Mus. I. p. 305 sqq.

2) *C. S. Zachariae* wissenschaftl. Entw. der Lehre d. R. R. v. d. dingl. Serv. (civ. Magaz. II. Nr. XV.). — *H. C. Stever* de servitutib. praedior. P. I. et II. Rost. 1817. 8. — *Schrader* civ. Abh. Bd. II. N. V.

aut *personarum* s. *hominum*[3]). Sunt etiam aliae servitutum divisiones, item illae petitae a jure ejus, cui servitus debetur. Nam cum haec sit servitutum natura, ut aut patiatur aliquid aut non faciat servientis praedii dominus[4]), ideo *affirmativas* servitutes disjungere solent a *negativis*, quae quidem in prohibendi jure consistunt[5]). Itemque a ratione ac modo exercendarum servitutum, et *qualificatae*, i. e. quae opere aliquo exercentur manufacto, opponuntur *simplicibus*, et *discontinuae continuis;* quarum tamen duplex est notio, siquidem continuae dicuntur et quae continua possessione exercentur[6]), et quae omni tempore possunt exerceri[7]). Praeterea servitutes in *regulares* atque *irregulares* haud incommode dividuntur, quoniam ex eorum jurium genere, quae plerumque praediis solent concedi, nonnulla etiam personalis servitutis jure constitui possunt, hac tamen potestate, ut ex servitutum, quae praediis debentur, natura aliquid retineant[8]).

§ 279. *De jure servitutum praecepta communia.*

1) Servitutum nemo pati cogitur, nisi cui jure imposita est servitus[1]). Cui etiam convenit, ut in ambiguis servitutum quaestionibus semper id accipiatur, quod minimum est[2]). Quemadmodum autem lege nonnumquam jura constituuntur liberum dominii usum impedientia eaque servitutum similia[3]): sic etiam rerum qualitate ac situ potest evenire, ut altera velut servire natura alteri videatur; quam quidem naturalem servitutem, licet minus proprie, vocant[4]). 2) Servitutem res debet, non homo[5]); ex quo etiam illud efficitur : *in faciendo consistere non posse servitutem*[6]). 3) Propria res nemini ser-

3) L. 1. D. *h. l.* — L. 15. pr. *eod.* — (cf. § 3. i. *de reb. incorp.*—Rubr. Inst. *de servitutib.*).

4) L. 15. § 1. D. *h. l.*

5) Caeter. vid. *Stever* l. i. c. l. § 6. 7., qui quidem servitutes in faciendi, habendi et prohibendi haud incommode dividit.

6) L. 14. pr. D. *h. l.*

7) L. 7. D. *quemadm. servit. amitt.* (VIII, 6.)—L. 1. § 3. L. 2. L. 5. D. *de aq. quot. et aest.* (XLIII, 20.)

8) V. c. haustus aquae, pecoris ad aquam appulsus, aliaque ex eo genere (cf. et L. 4. L. 5. pr. L. 6. pr. L. 37. D. *de S. P. R.*), quae licet servitutis jure etiam personis concedi soleant, tamen iis, qui vicini non sunt, inutiliter conceduntur. L. 14. § 3. D. *de alim. vel cibar. legat.* (XXXIV, 1.)—*Westphal* de servitutibus § 523, b.—Dissent *Loehr* l. i. nr. 4. et *Hasse* Rhein. Mus. I. p. 73 sq. not. 3. (cf. ib. p. 76.). — At vid. § seq. not. 9. et *Auctoris* diatr. in Archiv f. civ. Pr. T. XV. p. 382 sqq. (Nr. I.).

§ 279.

1) L. 9. 14. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) — L. 16. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.)—L. 4. 6. 8. 9. 11. C. *de servit. et aqua.* (III, 34.)—Cf. § 129. nr. 2. not. 3. Sed vid. etiam ibid. not. 4. et L. 8. § 5 sqq. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) « Aristo respondit: non putare se, ex taberna casearia fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittat. Idemque ait : et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alicui hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat.» —«Apud Pomponium dubitatur, an quis possit ita agere; licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere? Et ait, magis non posse agi; sicut agi non potest, jus esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lavare. » — Cf. *Spangenberg* Arch. f. civ. Pr. IX. Nr. XIII. (qui quidem verba : « superiore aedificia, » perperam interpretatur, quasi ea de superioribus aedificii partibus intelligenda sint.) — *Funke* Beitr. zur Erörl. pract. Rechtsmater. (Chemn. 1830.) Nr. III. p. 149—174.—*Gesterding* Ausb. III. p. 398 sqq. (Nr. 4.)—L. 17. § 2. D. *eod.*—L. 19. pr. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) *Funke* l. i. p. 174—181.

2) Cf. § 245. not. 5. et add. L. 20. § 4. 5. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.)

3) Vid. § 248. not. 1. et L. 10. in f. D. *de S. P. U.* (VIII. 2.)—L. 11. pr. *eod.* (cf. § 281. not. 13.).—L. 13. § 1. D. *comm. praed.* (VIII, 4.) — Vid. et infr. not. 17. et § 282. not. 15.

4) Arg. L. 1. § 22. D. *de aqua pluv. arc. act.* (XXXIX, 3.)—*Hertius* de servitute naturaliter constituta (opusc. Vol. II. T. 3. p. 65 sqq.) Sect. II.

5) L. 19. D. *quib. mod. us. fr. amitt.* (VII, 4.) —L. 23. § 2. D. *de S. P. R.* (VIII. 3.)

6) L. 15. §. 1. D. *de servit.*—L. 6. § 2. D. *si serv. vind.* (VIII, 2.)—L. 28. D. *de S. P. U.*—L. 81. § 1. D. *de cIr. emt.* (XVIII. 1.)—cf. *Thib.* Vers. 1, 2.—*Weber* ad *Hoepfner*. § 351. not. 2. — *Schrader* l. l. § 4. — *Hufeland* üb. d. eigenthüml. Geist d. R. R. II. Nr. IX. p. 98 sqq. — *Dernburg* Gesch. d. Test. (Bonn 1821) p. 145 sq. — *Seuffert* Erört. II. p. 57. et novissime *Guyet* Abhandl. Nr. I. — Caeterum jam Romano jure praedia tamquam personae ad praestandum obligantur (L. 7. pr. D. *de publican.* (XXXIX, 4.) « in vectigalibus ipsa praedia, non

vit[7]; nec magis 4) servitutis esse potest servitus[8]. 5) Jus servitutis, nisi utile est aliqua saltem ratione, nullum esse potest[9]; quod tamen nihil impedit, quo minus etiam amoenitatis voluptatisque gratia servitutes liceat comparare[10]. 6) Divisionem servitus, siquidem ab usufructu discesseris, non recipit, ne pro indiviso quidem[11]. Cui conveniens est, ut nec exerceri per partes[12], nec acquiri[13], nec amitti servitus possit[14]. Neque vero eo, quod certis regionibus inter plures dividitur fundus, etiam ipsius divisio fit servitutis[15], licet fieri possit, ut usus quidem juris et temporibus secernatur, et loco circumscribatur, et modo concludatur ac velut finibus terminetur[16]. 7) Est etiam servitutis quasi possessio, quae quidem ipsius usu continetur[17]. Uti autem jure civiliter is debet, ad quem

personas conveniri. » L. 27. § 3. D. *de usufr.* (VII, 1.)—L. 39. § 5. D. *de leg.* I. — L. 6. § 5. L. 14. § 2. D. *de mun.* (L, 4.) « Viarum muniliones non personae, sed locorum munera sunt. » — L. 4. et L. ult. C. *de fund. patrim.* (XI, 61.)—Cf. *Husehke* in ephemerid. jur. Tub. T. II. p. 356.). At alienissima baec sunt officia a servitutibus, quippe quarum baec sit natura, ut deminuant alterius dominium, alterius jus augeant. L. 5. § 9. D. *de O. N. N.* (XXXIX. 1.)

7) L. 5. pr. D. *si ususfr. petat.* (VII, 6.)—L. 33. § 1. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.)—L. 26. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.)—Caeter. vid. a) L. 8. § 1. D. *de servit.* (cf. infra not. 13 h.). — b) L. 40. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) « Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse respondi. » — *Hauboldi* exerc. Vitruvianar. Sp. I. II. et III. Lips. 1821. (et opusc. T. II. p. 387 sqq.). — De loci lect. vid. *Noodt* ad Pand. Tit. *de S. P. U.* § *Tantum.* — *Griesinger* de serv. lumin. p. 283 sqq.—*Hauboldi* Sp. I. p. 16. not. k. (et opusc. T. II. p. 402. not. k.). Caeterum parietem communem improprie ita dici, seu *pro divisis partibus* ad plures spectasse, e difficillimo Ciceronis loco (Top. c. 4. sub fin.) erui potest. Quod ni concedamus, cum *Griesingero* (in libro de servit. lumin. p. 279 sqq.) in pariete communi servitutem constitui non posse statuamus necesse est. At dissentiunt interpretes quotquot novi omnes. Vid. *Hauboldi* spec. III. (opusc. T. II. p. 426 sqq.).

8) L. 1. D. *de usu et usufr. — per legat dat.* (XXXIII, 2.)—(Vid. *Hasse* Rhein. Mus. I. p. 74. not. 3. inprimis vero *Stever* e. VI. 3—6.) — L. 33. § 1. D. *de S. P. R.* (*Westphal* § 538.)—Cf. et L. 24. D. *de S. P. R.* cum L. 1. § 16. D. *de aq. quot. et aest.* (XLIII, 20.) — *Jac. Labitti* us. indic. Pandectar. C. V. § 35. in *Wielingii* jpdt. rest. parte poster. p. 114.). — *Ulr. Huber* ad L. 24. cit. (Eunom. Rom. p. 384 sq.). — *Noodt.* probabil. I. 3. § 3—7 — *Thibaut* Vers. I, 1. p. 9 sqq. (ed. 2.). — *Schrader* l. l. § 7.

9) Vid. § 117. not. 1.—Cf. L. 14. § 3. D. *de alim. vel cib. leg.* (XXXIV, 1.) « Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque, per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non: ut si in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. [Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus, tamen ei, qui vicinus non est inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi:] haec enim aqua personae relinquitur.» — Quae uncis inclusimus tamquam dubitandi causa afferuntur exempla. Removet tamen dubia Ulpianus eo, quod omnino non quaeratur de servitutum jure in argumento proposito, sed de mero jure personali, quare nec necesse sit, ut vicinum praedium is habeat, ad quem jus spectet. Qua interpretatione egregie defendi lectionem receptam: « *ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur,* » nemo non videt. (De loci lectione cf. et *Schulting* not. ad Dig. ed. *Smallenb.* T. V. p. 419.) — At aliter h. l. explicant scriptor. a *Glückio* IX. p. 20. not. 52 sqq. p. 158. not. 34. laudati. — Vid. et *Thib.* Pand. § 606. not. m. — Cf. § 278. not. fin. et § sq. not. 3. et *Auctoris* diatr. in Archiv f. civ. Pr. T. XV. p. 390 sqq.

10) V. c. L. 3. L. 15. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) — L. 8. § 1. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 3. pr. D. *de aq. quot.* (XLIII, 26.)

11) L. 17. D. *de servit.* — L. 1. § 9. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.) — L. 19. D. *de usu et hab.* (VII, 28.) — L. 6. § 4. D. *si serv. vind.* (VIII, 5) — Fragm. Pompon. « Et servitutes dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat. » Vid. *Cramer* in *Hugonis* civ. Magazin VI. Nr. I. et inprimis ibid. p. 20. et in ea, quae Bonnae prodiit, corporis jur. Rom. antejustin. editione p. 168. — *Vinnii* sel. qu. (I, 8.) — (« Ususfructus sitne dividuus an individuus? »). — *Schrader* l. l. § 5. — Cf. supra § 224. not. 6. et 13. — Dissent. *Kori* in *Elvers* Themide T. I. Nr. XVII.

12) L. 4. § 3. 4. L. 6. § 4. D. *si serv. vind.* — L. 25. § 9. 10. D. *fam. erc.* (X, 2.) (cf. § 168. in f.). — Caeter. vid. L. 4. § 3. D. *si serv. vind.*

13) L. 11. D. *de serv.* — L. 2. *eod.* — L. 19. L. 34. L. *de S. P. R.* — L. 5. in f. L. 6. § 1. 3. D. *comm. pr.* (VIII, 4.) — L. 3. D. *de serv. leg.* (XXXIII, 3.)—Cf. *Rubo* üb. Theilbark. u. Untheilb. der Obl. p. 125. not. *.—Caeter. vid. a) L. 6. D. *de serv.* — b) L. 32. D. *de S. P. R.* — c) L. 8. § 1. D. *de servit.* — L. 2. § 2. L. 140. § 2. D. *de V. O.* (XLV 1.) — d) L. 17. *eod.* — e) L. 18. D. *comm. praed.* (Vid. *Glück* in additam. ad T. IX. Pand.)—L. 11. D. *de S. P. R.* (*Labittus* us. ind. Pand. c. 3. § 32. l. l. p. 52.

14) L. 3. L. 8. § 1. D. *quemadm. serv. amitt.* (VIII, 6.) — L. 18. D. *de S. P. R.* — Cf. not. 13. a. et c.

15) L. 23. § 3. *de S. P. R.* (*Rubo* l. l. p. 127 sqq.) — L. 25. *eod.* — L. 6. § 1. *quemadm. servit. amitt.* (VIII, 6.) et *Wesphal* § 588. — Caet. vid. *Kori* l. l. inprimis p. 488.

16) L. 4 § 2. L. 5. § 1. D. *de servit.* — L. 19. § 4. D. *comm. div.* (X, 3.) — L. 4. § 1. D. *de serv.*

17) L. 16. pr. D. *si serv. vind.* — L. 26. D. *de servit.* — L. 20. pr. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.)

servitus pertinet, nec ultra quam res poscit servientis rei dominum ab ejusdem juris usu prohibere [18]). Contra vero, dominus qui est rei servae, non solum nihil debet facere, quo impediatur servitutis usus, verum etiam adminicula concedere ejusmodi, sine quibus commode usurus non est is, cui debetur servitus [19]).

§ 280. *Communia de praediorum servitutibus praecepta* (*).

In praediorum servitutibus duo spectantur praedia: alterum, quod servit, alterum, cui servitus debetur [1]), quod quidem dominans praedium vulgo vocant. Itemque duplex est harum servitutum forma: una praediorum urbanorum, altera rusticorum (§ 222. not. 13.). Cujus utriusque natura ac ratio his potissimum legibus continetur: 1) Praedio cohaerent servitutes tamquam personae, hoc pacto, ut absque illo cedi aliis nequeant [2]). 2) Non ultra potest servitus imponi, quam quatenus ad ipsius fundi utilitatem opus est [3]); atque haec etiam causa est, quare aut contigua aut certe vicina debeant esse praedia, quorum alterum alteri serviat [4]). Praeterea 3) et perpetua servitutum causa subesse debet [5]), nec vero 4) diei aut conditionis adjectionem admittunt hujusmodi servitutes, utique ex juris antiqui ratione [6]). — Caeterum eam, quam supra (§ 278. in f.) commemoravimus, servitutum in regulares atque irregulares divisionem etiam in hunc locum licebit referre, siquidem fieri potest, ut, quae ad alterutrum praediorum genus fere solent pertinere, etiam iis acquirantur praediis, quae in altero sunt genere, scil. hoc pacto, ut nihilominus ea retineantur, quae cujusque sint propria servitutis [7]).

18) a) L. 9. D. *de serv.* — L. 20. § 1. *de S. P. U.* — L. 4. § 1. L. 5. §. 1. D. *de itin. actuq. priv.* (XLIII, 19) — b) L. 13. § 1. in f. D. *comm. praed.* — *Gluck* Pand. T. X. § 680.

19) L. 10. D. *de servit.* — L. 3. § 3. L. 13 § 1. L. 14. D. *de S. P. R.* — L. 11. D. *comm. praed.* — L. 3. § 16. L. 4. pr. *de itin. actuq. priv.* — *Hufeland* l. l. p. 110 sqq.

§ 280.

(*) Dig. (VIII, 4.) *Commun. praedior. tam urbanor. quam rusticor.*

1) L. 1. § 1. D. *h. t.* — L. 23. § 2. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.) — L. 20. § 1. D. *de a. v. d.* (XLI, 1.) — L. 140. § 2. in f. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

2) L. 36. D. *de S. P. R.* — L. 44. D. *loc.* (XIX, 2.) — L. 11. § ult. D. *de pign.* (XX, 1.)

3) L. 5. D. *de S. P. R.* — L. 6. *eod.* — L. 8. pr. D. *de servit.* « Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. » (Cf. *Noodt* probabil. I. c. 2. — *Thibaut* Vers. I, 1. — *Schrader* Abh. II. Nr. VI. — *Seuffert* Erört. II. p. 39 sqq.) — Archiv f. civ. Pr. T. XV. p. 388. — L. 19. *eod.* « Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quaedam enim habere possemus, etsi ea nobis utilia non sunt. » Unde *Thibautius* (civ. Abh. Nr. III.) colligit, in alienandis quidem fundis retineri posse jura, quae nec fundo, nec personae utilia sint. Contra vero, post alios *Loehrius* (Mag. III. Nr. XVI, 3.) postrema huj. loci verba de servitutibus intelligenda esse censet, quae fundo quidem utilia sunt, ei vero, qui vendidit, nihil nec commodi nec voluptatis afferunt. At vid. *T. H. F. Gaedcke* an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit, Rost. 1826. 4., et *Zimmern* in ephemerid. jur. Tub. T. II. p. 404 sq. — Cf. et *Dirksen* in Pr. de var. denominationibus constit. jurium in re aliena per deduct. (Regiom. 1826. 4.) p. 4.

4) L. 5. § 1. D. *de S. P. R.* — L. 12. D. *de pign.* (XX, 1.) — L. 38. L. 39. D. *de S. P. U.* — L. 7. § 1. D. *h. t.* — L. 5. L. 6. pr. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 38. D. *de S. P. R.* (cf. *E. Merillii* lib. sing. different. jur. c. 6. — *Westphal* § 582.). — L. 17. § 3. D. *de aq. pl. arc. act.* (XXXIX, 3.) — *Zachariae* l. l. § 12. — *Schrader* Abh. II. Nr. V. § 8. — *Hufeland* l. l. p. 118 sqq. — Contraria esse videtur L. 6. pr. D. *commun. pr.* — Cf. *Gluck* X. p. 35.

5) L. 28. D. *de S. P. U.* — L. 23. § 1. D. *de S. P. R.* — L. 1. § 4. D. *de fonte* (XLIII. 22.). — L. 1. § 5. D. *de aq. quot.* (XLIII, 20.) — Cf. L. 9. D. *de S. P. R.* — L. 2. D. *h. t.* — Vid. *J. G. Heineccius* de causa servitut. perpetua. Hal. 1738. — *Schrader* l. l. § 6. — *Stever* l. l. c. II. § 3. — *Seuffert* Erört. II. p. 43 sq.

6) L. 4. pr. D. *de servit.* — *Schrader* l. l. § 9.

7) Vid. pr. et § 1. I. *de servit.* — L. 2. D. *de S. P. U.* coll. cum L. 2. D. *de S. P. R.* — L. 11. § 1. D. *de Publ. in r. act.* (VI, 2.) — L. 7. § 1. L. 14. D. *h. t.* — L. 6. D. *de S. P. U.* — *Pauli* rec. sent. I, 17. § 1.

TIT. II. DE SINGULIS SERVITUTUM FORMIS.

§ 281. I) *Praediorum servitutes* A) *Urbanorum* (*).

In earum servitutum numero, quae ad urbana spectant praedia, hae inprimis sunt: 1) *oneris ferendi* et *tigni immittendi* servitutes. Et prioris quidem illius haec est vis: cum, ut vicinarum aedium onera ferat vicini paries vel columna, tum vero is, cujus aedes serviunt, reficere eas necesse habeat eatenus, ut oneri ferundo aptae sint [1]). Quod quidem reficiendi officium, quoniam ex eo jure, quo damni infecti nomine vicinus cavere vicino tenetur, totum fere pendet [2]), nihil admodum habet singulare, praeterquam quod ad eum modum, qui servitute imposita definitus est, fieri debet aedificiorum refectio [3]). Quare etiam recte praecipitur: hanc quoque servitutem non hominem debere, sed rem [4]); cui vel maxime conveniens est, ut fultura aedium, quibus servitus debetur, dum reficiuntur, ad inferiorem s. servientem vicinum minime pertineat [5]). Tigni immittendi servitus eo continetur, ut vicini tignum suscipere vicinus necesse habeat; nec quidquam huic inest juri, quod a communi servitutum natura recedat [6]). 2) *Projiciendi* et *protegendi* s. [7]). 3) *Stillicidii vel fluminis avertendi s. suscipiendi* aut *non avertendi* servitus [8]). Atque hujus quidem variae admitti posse videntur formae, velut hae: ut vicinus aquam pluviam, in suum profluentem praedium, vicini relinquere cogatur usibus [9]), tum, ut stillicidii vel fluminis recipiendi servitute non utatur vicinus [10]). 4) *Altius tollendi* aut *non tollendi* servitus [11]). Et altius tollendi servitutis item variae cogitari possunt formae, hae scilicet: ut jus sit extollendi aedes vicini [12]), ut aut contra formam antiquitus observatam, aut contra leges vicinorum in commodum proditas, exstruere is, cui servitus debeatur, aedes suas eoque facto obscurare vicini lumen possit [13]), denique, ut altius non tollendi servitute non amplius utatur vicinus [14]).

§ 281.

(*) Dig. (VIII, 2.) *de servit. praedior. urbanor.*

1) L. 6. § 2. D. *si servit. vind.* (XIII, 5.) — L. 33. D. *h. t.*

2) a) L. 7. D. *si serv. vindic.* — (Cf. L. 4. § 7. — L. 15. § 36. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) — b) L. 6. § 4. D. *si serv. vind.* (Cf. L. 27. L. 40. § 2. 3. D. *de d. inf.*) — *Auctoris* Cession ed. 2. p. 8 sq. not. 17. — *Ejusd.* Diatr. in Archiv f. civ. Pr. T. XIV. Nr. XIV.

3) L. 33. D. *h. t.* — L. 6. § 2. et 5. *si s. vind.* — Similiter fere hanc servitutem interpretatus est *Stever* l. l. c. III. § 12. 13. — Aliter alii rem explicant, v. c. *Hoepfner* et *Weber* § 357. — *Zachariae* § 10. — *Schrader* l. l. (II. Nr. VIII.) § 4. — *C. G. Konopack* D. de duob. fragm. ad serv. oner. fer. spectantib. Jen. 1822. — Alii in Archiv f. c. Pr. l. l. citati. — Cf. et *Puchta* System.

4) L. 6. § 2. in f. D. *si s. vind.*

5) L. 8. pr. D. *si s. vind.*

6) L. 8. § 1. 2. D. *si s. vind.* (*Stever* l. l. § 14.). — Vid. L. 14. pr. *eod.* (*Westphal* § 543. nr. 3.)

7) L. 2. in f. D. *h. t.* — L. 29. § 1. D. *ad L. Aq.* — Caeter. de eo, quod interest inter projectum et immissum, vid. L. 242. § 1. D. *de V. S.* — Cf. *Hoepfner* Comment. § 359.

8) § 1. I. *de servit.* — L. 2. L. 17. § 3. — L. 28. in f. D. *h. t.* — L. 20. § 2 sqq. *eod.* — Cf. *Varro* de l. l. IV, 5. (in *Gothofr.* auctt. l. l. p. 9.). — *C. Thomasius* de servitute stillicidii (in ejus diss. Lips. Nr. XV.). — De jure ambitus s. impluvii, quod legibus moribusque hodiernis aedificiis ac moenibus concessum esse solet, vid. *Hommel* Rhapsod. quaest. obs. 501. et inprimis *C. A. Weiske* skeptisch-pract. Behandl. einiger civilrechtl. Gegenst. (Leipz. 1820.) Nr. IV. («Erört. d. Grundsätze vom Traufrecht.»)

9) *Thomasius* l. l. § 40. 41.

10) *Theophil.* paraphr. ad § 1. I. *de serv.* — Cf. *a Costa* ad eand. § — Dissent. *Vinnius* ibid. nr. 5. — *Stever* l. l. § 15. et *Schilling* rechtsph. Bem. p. 144 — 152. — Cf. et *Puchta* System p. 91.

11) § 1. I. *de serv.* — L. 2. L. 11. § 1. — L. 24. D. *h. t.* — L. 7. § 1. D. *comm. praedior.* L. 8. 9. C. *de serv.* (III, 34.)

12) Vid. inprim. L. 7. D. *si s. vind.* — L. 2. D. *de S. P. R.* — Cf. *Voet* ad Pand. VIII, 2. § 6. — *Heinecc.* antiq. II, 3. § 7. not. b. — Dissent. *Westphal* § 611. not. 536.

13) L. 11. pr. D. *h. t.* (Cf. L. 1. in f. D. *de aq. pluv. arc.* (XXXIX, 3.) — L. 12. § 1. et 4. C. *de aedific. priv.* (VIII, 10.) — L. ult. § 1. C. *de serv.* — L. 24. D. *h. t.* « Cujus aedificium jure superius est, ejus est, in infinitum supra suum aedificium imponere: dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret, quam pati debent. » Quem quidem locum ad tigni immittendi servitutem referendum esse putant *Glück* (Pand. X. p. 81 sq.) aliique.

14) L. 21. D. *h. t.* (cf. not. 10.). — Alias etiam de altius tollendi jure opiniones profert *Voetius* l. l. § 7. nec non *Glück* X. § 669.

§ 282.

5) Servitus *luminum*, quae quidem jure continetur fenestras habendi aut in vicini, aut in communi pariete, aut in nostro etiam, scil. contra jus illud prohibendi, quod leges concesserint vicinis [15]. Cujus velut tuendae et confirmandae gratia servitus, *ne luminibus officiatur*, apud Romanos constitui solita est [16], cum simpliciter, tum formula adhibita: lumina, quae nunc sunt, ut ita sint [17], itemque altius non tollendi servitutem vicini aedibus imponendo [18]. 6) Similis est causa servitutum *prospiciendi* et *ne prospectui officiatur*, nisi quod ad amoenitatem ac voluptatem magis illae pertinent, quam ad utilitatem [19]. Sunt praeterea aliae etiam urbanorum praediorum servitutes, velut *cloacae*, *latrinae*, *fumi immittendi*, similesque [20], de quibus tamen non est, quod pluribus dicatur.

§ 283. B) *Rusticorum praediorum servitutes* (*).

In rusticorum praediorum servitutibus quatuor hae, ut antiquiores et illustriores, in primis sunt commemorandae *iter*, *actus*, *via*, tum *aquaeductus* [1]. Iter est jus eundi, item equo, sella, lectica vehundi per fundum alienum [2]. Actu continetur jus agendi jumentum vel vehiculum; eique plerumque etiam iter inest [3]. Quemadmodum autem modus huic servituti recte adjicitur [4]: sic etiam solo jumentorum agendorum jure circumscribi ea potest [5]; quo quidem facto minus plenum solent vocare actum. Atque in viae servitute non modo jura et eundi et agendi semper insunt necessario [6], verum etiam amplitudine ac modo

§ 282.

15) L. 4. D. *h. t.* — L. 40. *eod.* — L. 12. § 3. C. *de aedific. privat.* (VIII, 10.)—Vid. *Gesterding* Ausbeute III. p. 453 sqq.

16) L. 4. L. 15. L. 17. pr. § 1. 2. D. *h. t.* — At de utraque hac servitute variae subinde prolatae sunt opiniones. Cf. *Feuerbach* civ. Vers. Nr. I. (qui umbrae gratia luminum servitutem fuisse constitutam autumat. Similiter *Udalr. Zasius* ad § 2. I. *de act.* — Cf. et *Voet* Pand. VIII, 2. § 7.). — *Dabelow* üb. die Servitus Lumin. d. Römer, Halle 1804. — *Glück* Pand. X. § 670. — *Slever* c. III. § 7. 8.; et novissime *L. F. Griesinger* de servitute lumin. et ne luminibus officiatur, — lib. singular. Lips. 1819. 8., qui item statuit, luminis servitutem a jure fenestras habendi esse diversam, eamque negativam, qua quidem dominus rei servae prohibeatur, ut ne penitus lumen vicino recludat, i. e. tollat (Arg. L. 10. in f. D. *de S. P. U.*). Eandemque *modo* tantum differre censet a jure, ne luminibus officiatur, quippe quo prohiberi possit dominus, ut ne minimum quidem luminis detrahat vicino, p. 40 sqq. (Vid. et ejusd. libri append. secund. p. 263 sqq.) Ac similis esse sententia videtur *Goldschmidtii* in Arch. f. civ. Pr. V. Nr. XVIII.

17) L. 23. D. *h. t.*—*Westphal* § 608.

18) L. 2. 4. 6. D. *h. t.*

19) L. 3. 15. 16. D. *h. t.* — L. 12. § 2. 3. C. *de aedif. priv.* — Cf. L. 12. D. *h. t.* — Varias opiniones recenset *Griesinger* l. l. app. I. p. 223 sqq.

20.) L. 7. D. *de serv.*— L. 2. pr. D. *de S. P. R.* —L. 17. § 2. D. *si serv. vind.* — L. 12. § 4. C. *de aedif. privat.*—L. 8. § 5. et 7. *eod.* — L. 17. § 1. *eod.* — Cf. *Glück* l. l. § 673. et *Funckii* ac *Gesterdingii* scripta § 279. not. 1. laudata.

§ 283.

(*) Dig. (VIII, 3.) *de servitut. praedior. rusticor.* — Cf. *Goeschen* Grundriss § 303 — 305. p. 147 sqq.

1) Pr. I. *de servit.* — Pr. D. *h. t.* — [Tribus illis prioribus adnumerari potest *navigandi* servitus, quippe quae constituatur « ut perveniatur ad fundum vicinum. » L. 23. § 1. D. *h. t.* — Vid not. 17. — E. G.]

2) L. 7. pr. L. 12. D. *h. t.* — L. 13. D. *de serv.* —L. 14. D. *comm. praed.* (VIII, 4.)

3) L. 1. pr. L. 7. pr. L. 12. D. *h. t.* (cf. *Schotti* obs. not. 7. laud. § 5.).— L. 2. D. *quemadm. servit. amitt.* (VIII, 6.)

4) L. 4. § 1. D. *de servit.*— L. 11. pr. D. *quemadm. servit. amitt.* (VIII, 6.)

5) L. 13. D. *de serv.* — L. 4. § 1. D. *si serv. vind.* — [Quomodo inter se sint conciliandae L. 4. § 1. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) et L. 1. D. *de adim. leg.* (XXXIV, 4.) et L. 13. § 1. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.) vid. *Vinnius* ad pr. I. *de servitut.* — *Schott* obs. § 6. — *Puchta* civ. Abhandl. p. 119 — 121. — *Kritz* Abhandl. (vid. not. 7.) p. 21 sqq.

6) L. 9. D. *de serv.* — L. 13. § 1. in f. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.) — L. 9. pr. D. *si serv. vind.* (*Westphal* § 560. not. 503, a.) — L. 2. D. *quemadm. serv. am.* — *d'Avezan* serv. lib. P. III. c. 18. p. m. 165.) — *Vinn.* l. l. nr 6. et script. not. seq. laud.

differt ab actu haecce servitus [7]. Est praeterea viae latitudo legibus definita [8], actus vero et itineris aut privatorum aut judicis arbitrio definiatur necesse est [9]. Caeteroquin hoc generatim in omnes hujuscemodi servitutes praecipiendum est, ut, simpliciter constitutis aut itinere aut actu aut via, omnes quidem fundi glebae serviant, sic tamen, ut certa agri pars determinetur, qua eatur, agatur [10], ejusque statuendi facultas item plerumque est penes eum, cui servitus debeatur, dummodo hoc quoque jure civiliter utatur [11].—Aquaeductus est jus aquae aut ex fundo alieno ducendae [12] aut per eum educendae s. imittendae [12a]. Quod quidem jus per lapideas fistulas exerceri nequit, nisi hoc in servitute constituenda nominatim comprehensum sit [13]. E reliquis rusticorum praediorum servitutibus praecipuae sunt species hae : *aquae haustus* [14], *pecoris ad aquam adpellendi* [15], itemque *pascendi* servitus [16]. Aliae etiam commemorantur servitutes, ut *cretae lapidisve eximendi, arenae fodiendae, calcis coquendae, pedamentorum sumendorum, navigandi*, et quae sunt in eo genere similes [17].

§ 284. II) *Personae servitutes.* A) *Ususfructus* (*). *Ejus notio et species.*

Ususfructus est jus rebus alienis utendi fruendi, idque inhaerens personae [1]. Igitur omnium omnino rerum, quae modo sint in patrimonio, etiam ususfructus potest constare [2], nec solum singularum rerum, verum etiam universorum bonorum, aut partis eorum [3]. Et antiquitus quidem placuit, ut ususfructus non esset, nisi earum rerum, quae et corporibus constarent (not. 5.), et finito jure restitui possent integrae; postea vero (Augusto imperatore puto) senatus decrevit, ut et pecunia, et ceterae res, quae usu consumantur vel minuantur, ususfructus jure haberi possent [4]; ac postremo Cassii et Proculi obtinuit sententia, nominum quoque usumfructum esse existimantium [5]. Unde duplicem ususfruc-

7) L. 7. D. *h. t.*— Cf. *Cujac.* obs. (XXXII, 35.) — *Ulr. Huber* Digr. P. I. Lib. II. c. 12. 13. — *J. D. Ritteri* D. de itineris, actus et viae differ. (adj. *Reitzii* ed. Theoph. exc. XIX.). — *Schotti* obs. de vero act. et viae discr. (opusc. p. 231 sqq.). — *F. A. Biener* D. de differentiis itineris, actus et viae genuinis. Lips. 1804. — *G. F. Puchta* civ. Abh. (1823.) Nr. III.—*P. L. Kritz* exegetisch-praktische Abhandl. üb. ausgewählte Materien des Civilrechts (Leipz. 1824.) p. 1—51.— De hujus autem doctrinae usu forensi vid. Archiv f. civil. Pr. (III, 20.) (auct. *Seuffert*). IV, 20. (auct. *Gensler*), et *Seuffert* in praef., quam libro secundo observation. (Erörter.) praemisit, et *Goeschen* l. l. p. 149. in f. sq.

8) L. 8. D. *h. t.* (*Puchta* l. l. § 5.)—Caeter. vid. L. 23. pr. *eod.*

9) L. 13. § 2. D. *h. t.*

10) L. 9. D. *de serv.* — L. 13. § 1. et 3. D. *h. t.* — Cf. et L. 6. § 1. D. *quemadm. serv. amitt.* (VIII, 5.)

11) L. 9. D. *de serv.*—L. 13. § 3. *h. t.* — Vid. tamen L. 26. D. *h. t.* (Cf. *Glück* Pand. X. p. 104 sqq. — *Puchta* l. l. p. 142 sqq. — *P. L. Kritz* l. l. p. 52 sqq.)

12) L. 1. pr. in f. L. 15. L. 4. D. *de aqua quot. et aest.* (XLIII, 20.)— L. 10. D. *h. t.*—L. 21. 22. D. *eod.*— L. 12. C. *de serv.* (III, 34.)— L. 2. D. *de rivis.* (XLIII, 21.) — Vid. et L. 29. D. *h. t.* et L. 8. § 5. (*verb.* : Idemque ait) D. *si serv. vindic.*

13) L. 17. § 1. D. *de aquae pluv. arc. act.* (XXXIX, 3.)

14) § 2. I. *de servit.*—L. 20. in f. D. *h. t.* — (Cf. *Noodt* ad *h. t.* § *Tenes.*) — L. 3. § 3. D. *h. t.* — L. D. *comm. praed.*

15) L. 4. D. *h. t.* — L. 6. in f. *eod.*— L. 1. § 13. D. *de. aq. quot.* (XLIII, 20.)

16) L. 1. § 1. L. 4. L. 6. in f. D. *h. t.* — *Glück* Pand. X. § 678 — 680.

17) L. 1. § 1. L. 5. § 1. et 2. — L. 23. § 1. D. *h. t.*— L. 17. § 1. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.)

§ 284.

(*) Inst. (II, 4.) *de usufructu.* — Dig. (VII, 1.) *de usufructu et quemadm. quis utatur fruatur.* — Cod. (III, 33.) *de usufr.* (*et habitatione et ministerio servorum*).— *M. A. Galvani* de usufructu dissertationes var. Pat. 1650. f. noviss. Tub. 1788. 4.—*Ger. Noodt* de usufructu libri II. (opp. T. I. p. 337 sqq.). — *Gr. Majansii* Disp. Nr. II.

1) L. 3. § 3. D. *quib. mod. usufr. am.* (VII, 6.) — Cf. *Noodt.* I, 2. — Inutilis est ususfructus divisio in formalem et causalem, qualem etiam tuetur *Galvanus* c. 2. et 4.

2) Cf. not. 4. — Vid. etiam L. 28. L. 41. D. *h. t.* — *Noodt* I, 4.

3) L. 29. D. *h. t.*— L. 43. *eod.*— Cf. L. ult. D. *de usu et usufr. p. leg. dat.* (XXXIII, 2.)— *Noodt* I, 23.

4) L. 1. 2. D. *de usufr. ear. rer., quae usu consum. vel min.* (VII, 5.) — *Noodt* I, 20.

5) L. 3. D. *de usufr. ear. rer.* rel.

tus speciem, et verum et quasi usumfructum, vulgo esse statuunt. Et verum usumfructum generatim quidem recte definias: jus rebus alienis *salva earum integritate* utendi fruendi [6]. At proprie dicitur ususfructus: personae servitus facultatem complectens, corporalibus rebus, ad alium spectantibus dominum salva illarum substantia utendi fruendi. Et de hoc quidem jure priori loco dicamus.

§ 285. 1) *Ususfructus, ut proprie dicitur, jura* a) *generatim exponuntur.*

Usufructuarius et commoda rei percipit, et incommoda (§ 288.) ferre debet. Et commoda quidem hoc pacto, ut fere ad instar domini re utatur fruatur [1], nec umquam sine omni usu fructus esse possit [2]. At non ipsa solum re utetur, verum etiam actionibus ad usum rei tuendum comparatis, cum propriis, et in rem et interdictis (§§ 396. 397.), tum vero iis, quae ipsi etiam domino adversus prohibentes atque offendentes competiturae fuissent [3]. Debet autem ita uti, ut ne abutatur re, eamque finito usufructu restituere domino, tum etiam de utroque officii genere rite implendo fidejussoribus datis cavere [4]. Quae quidem cautio aliis lege remittitur [5], aliis pacto [6]; testamento vero nequit remitti [7].

§ 286. b) *Singulatim* α) *de jure utendi, item fructuum percipiendorum.*

Quicquid commodi vel utilitatis percipi potest ex re in usumfructum data, id omne spectat ad usufructuarium [1]; neque enim solum ad necessitatem ille utitur, verum etiam ad voluptatem et compendium [2]. Quapropter nec ad ipsius fructuarii personam adstrictum est utendi jus, qui quidem aliis quoque rem utendam fruendam potest concedere [3]. Fructus igitur percipit et naturales et civiles [4]; nec quicquam interest, utrum sponte proveniant fructus, an hominis industria, itemque ne illud quidem, utrum causa eorum apud fructuarium demum coeperit, an jam exstiterit antea, quam ad illum perveniret res [5]. Utitur etiam fundi accessionibus velut servitutibus [6], instrumento [7], tum etiam eo,

6) Pr. I. et L. 1. D. *h. t.* — Cf. *Auctoris* Cession p. 484. not. 15. a. (ed. 2.).

§ 285.

1) L. 7. pr. et § 1. L. 9. D. *h. t.* (VII, 1.) — Cf. § sq. et *Puchta* System p. 84. § 57.

2) L. 14. § 1 — 3. D. *de usu et habit.* (VII, 8.) — Cf. L. 5. § 1. 2. D. *usufr. quemadm. cav.* (VII, 9.) — L. 13. § 3. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.) — Vid. Schol. Basilic. T. II. p. 300. not. g. — Sed variae de his locis sentiunt interpretes; cf. *d'Avezan* l. l. (III, 9.) — § *Quid si fructus.* — *Ulr. Huber* Digr. P. II. Lib. II. c. 16. — *Noodt* l. 1. II, 1. § *Haec de genere.* — *Loehr* Bd. III. XVI. 5. — *Puchta* civ. Abhandl. p. 121 — 124. — *Kritz* Abhandl I. § 10. p. 42 sqq.

3) L. 2. § 3. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 1. in f. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) — L. 13. § 8. D. *de d. inf.* (XXXIX, 2.) — L. un. § 4. D. *de remissionib.* (XLIII, 25.) — Cf. *Auctoris* Cession p. 486. (ed. 2.) — L. 59. § 1. D. *h. t.*

4) Dig. (VII, 9.) *Usufructuarius quemadm. caveat.* — Cf. L. 7. pr. L. 12. D. *eod.*

5) Velut L. 9. § 2. D. *h. t.* — L. 1. § 18. D. *Ut legat. s. fideic. c.* (XXXVI, 3.) — Cf. § 127. (not. 8. 9.) — L. 6. § 4. in f. C. *de bon., quae liber.* (VI, 61.)

6) L. 46. D. *de pact.* (II, 14.)

7) L. 1. C. *de usufr.* — L. 6. pr. D. *ut in poss. rel.* (XXXVI, 4.) L. 7. C. *eod.* (VI, 54.) — Vid. *Hugo R. G.* ed. XI. p. 921. — Aliorum sententias vid. ap. *Gluck* IX. § 654.

§ 286.

1) § 285. not. 1. — Cf. not. 4. — De servo in usumfructum dato vid. L. 21—26. D. *h. t.* — L. 63. § 3. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — De pecoris usufructu L. 68. D. *h. t.* — *Noodt* 1, 16. 17.

2) L. 13. § 4. L. 41. D. *h. t.* — L. 9. in f. L. 59. § 2. *eod.* — Omnino autem debet civiliter uti L. 13. § 8. L. 15. D. *h. t.*

3) L. 9. in f. L. 12. § 2. L. 38. 39. 67. D. *h. t.*

4) At thesaurus non est in fructibus (Arg. L. 7. § 12. D. *sol. matrim.* XXIV, 3.), non magis quam ancillae partus (§ 227. not. 2.).

5) L. 27. pr. D. *h. t.* — L. 59. § 1. *eod.*

6) L. 1. pr. D. *si ususfr. petat.* (VII, 6.) — Cf. L. 1. § 2. 3. 4. *eod.*

quod extrinsecus, sensim tamen ac latenter, accrevit fundo [8]). Similiter ad eum pertinebunt fructus reditusque lapidicinarum, cretifodinarum, arenifodinarum, metallorum [9]), aucupiorum, venationum, piscationum [10]). Item silvae, salicti, aliarumque ex hoc rerum genere, si quidem in accessionibus sunt fundi, similis est usus ut instrumenti, scilicet ut nihil ex iis vendere liceat fructuario [11]). Quodsi illarum separatim est ususfructus concessus, tum, si modo caeduae sunt, etiam vendere inde licebit, ad eum quidem modum, quo id bonus facere solet paterfamilias [12]). Neque vero suos plerumque fructuarius facit fructus, nisi perceptione [13]), neo eorum percipiendorum jus transmittit ad heredes [14]). Ao simile est jus civilium fructuum seu pensionum, quae quidem, simulatque colonus perceperit fructus, ad usufructuarium pertinebunt, ejusve heredes [15]); earum autem pensionum, quae pro rerum non frugiferarum usu solvendae sunt, quanta pars fructuario debeatur, heredibusve, ex eo tempore aestimandum erit, quo ipsi ea re uti licuit [16]).

§ 287. β) *Quatenus de jure suo vel re in usumfructum data constituere liceat fructuario?*

Quamvis juris sui *usum* ad alios transferre liceat fructuario (§ 286. not. 3.), tamen ipsum ususfructus jus cedere alii nequit, quoniam personae cohaeret jus [1]). Ac multo etiam minus rem potest in usumfructum datam alienare, aut servitutes ei imponere; quod ne domino quidem, quatenus ea re deterior fiat ususfructus conditio, adeoque ne consentiente quidem fructuario, facere licet [2]). Nova etiam potest fructuarius moliri atque instituere in fundis usufructui concessis, certe catenus, quatenus nec deteriorem faciat rem, nec causam

7) L. 9. § 1. 6. 7. L. 15. § 6. D. *h. t.*

8) L. 9. § 4. D. *h. t.* — A quo ooo disseotit Paulus rec. seot. III. T. VI. § 22. — Vid. *Noodt* l. l. I, 6. io f. — *Bynkershoek* obs. V, 7. — Unde dici solet: latens iocrementum accedere usufructui, ooo item patenss. appareus. *Gluck* Paod. IX. p. 201. (Cf. et *Ludovici* doctr. Paodect. Tit. *de acq. rer. dom.* § 14. 15.)

9) L. 9. § 2. 3. D. *h. t.* — Caeterum sunt, qui renascentia taotum metalla lucrocedere usufructarii arbitrentur, non item ea, quae reuasci oon soleot, (velut *Voetius* ad Pand. h. t. de usufr. § 24.; cf. et *Westphal* § 659 sq.), scil. Arg. L. 7. § 13. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) « Si vir lo fnodo mulieris dotali lapidicinas marmoreas loveoerit et fundum fructuosiorem fecerit, marmor, quod caesum, neque exportatum, est mariti, et impeosa oou est ei praestanda: quia nec io fructu est marmor, nisi talis sit, ut lapis ibi reoascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia. » At vide *van de Water* obs. III, 13. — Caeterum Pisaoam h. loci lectiooem coofirmant Basilicarum auctores — T. IV. p. 344. § 10. et ibi schol. *Dorothei* ac *Cyrilli* — p. 376. not. y. — Nec ulla ratione a recepta lectione recedunt et *J. Cujacius* obs. XV, 21. et *A. Faber* conj. I, 8. — Cf. *v. de Water* l. l. et *Gluck* Pand. XXV. p. 113 sq.

10) L. 9. § 5. L. 62. D. *h. t.* — L. 26. D. *de usur.* (XXII, 1.) — Vid. *Noodt* obs. I, 10. et do usufr. I. 7. § *Potius attingam.*

11) L. 9. § 7. D. *h. t.* — (Caeter. vid. L. 9. § 6. *eod.*). — L. 12. pr. *eod.* — L. 7. § 12. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.)

12) L. 9. § 7. L. 10. 11. D. *h. t.* — *Cujacii* obs. (XXIV, 5.) — *Noodt* I, 7. § *Simile putemus.* — (Cf. L. 30. pr. D. *de V. S.*)

13) § 36. I. *de rer. div.* — L. 48. § 1. D. *eod.* — L. 42. D. *de usu et usufr. leg.* — *Noodt* l. l. I, 5. § *Sed utrum.* — Cf. § 253. not. 3.

14) § 36. I. *de rer. div.* — L. 12. § 5. D. *h. t.* — L. 13. D, *quib. mod. ususfr. am.* (VII, 4.) — Disseot. *Cujac.* obs. XXIV, 21.

15) L. 58. pr. D. *h. t.*

16) L. 26. D. *h. t.* — Omoino cf. supra § 228. in f. et *Gluck* Pand. IX. p. 330 sqq.

§ 287.

1) Scil. propter regul. L. 15. D. *fam. erclsc.* traditam. — De ejusmodi cessionis vi atque effectu olim dissensionem fuisse inter veteres JCtos vulgo dicunt. — Vid. L. 66. D. *de j. dot.* (XXIII, 3.) — coll. cum § 3. I. *h. t.* et *Gaji* Inst. II, 30. et *Pauli* rec. sent. III. Tit. 6. § 32. — Varie subinde h. ll. ioterpretati sunt docti homines. Vid. v. c. *a. Costa* et *Vinn.* ad § 3. I. *h. t.* — *Galvanus* de usufr. c. 38. — *Huber* Digr. Justio. P. II. L. II. c. 18. — *v. de Water* obs. III, 11. — *Noodt* l. l. II, 10. — *Dirksen* Beitr. z. Kunde d. R. R. p. 57 —59. (nr. III.). — *Puggé* Rheio. Mus. I. p. 145 sqq. — At vide *Huschke* Studieo des R. R. p. 240 sq. not. 71. — *Auctoris* Cession p. 31. oot. 52 (3. ed.).

2) L. 15. in f. *h. t.* (« Proprietatis dominus ne quidem conseotiente fructuario servitutem imponere potest. » Vid. Basilicor. huj. l. ioterpr. T. II. p. 251. — *Noodt* l. l. II. 15. — *Fr. Schoeman* Handb. I. 7.

proprietatis quicquam offendat. Unde sponte consequitur, minus hac in re licere fructuariis, qui quidem aut aedibus utuntur, aut praediis, quae voluptati vel maxime inserviant, quam iis, quibus frugiferae res utendae fruendae concessae sunt [3]), siquidem in his solius utilitatis ratio haberi debet, in illis vero domini persona, tum quidquid ejus voluntati, moribus atque ingenio conveniat, maxime spectanda est [4]).

§ 288. γ) *Fructuarii incommoda officiaque.*

Quoniam propter commodorum rationem incommoda quoque spectant ad fructuarium, sequitur, ut et tributa aliaque onera rei adhaerentia ferre debeat [1]), et impensarum, rei servandae causa necessario erogandarum, certe modicarum, onus subire necesse habeat, nisi ab usufructu recedere paratus sit [2]). Praeterea, licet rem meliorem suis impensis facere cogendus non sit, tamen, cum recte colere et tamquam bonus paterfamilias uti vel maxime sit in fructuarii officiis [3]) : et gregem debet ex foetu supplere [4]), et in vinearum arborumve demortuarum locum nova substituere [5]). Caeteroquin casus periculum ad usufructuarium non spectat; at omnem diligentiam, tum etiam rei custodiam exhibere necesse habet [6]). Quo quidem nomine cum ex fructuaria cautione agere dominus potest, tum vero aliis quoque actionibus uti, quae modo in hanc causam convenire possunt [7]).

§ 289. 2) *De iis rebus, quae quasi sunt in usufructu* (*).

Earum rerum, quae fungibilium nomine veniunt, ususfructus esse nequit, nisi improprius, siquidem illarum dominium transit ad usufructuarium, qui quidem aut tantundem ex eodem genere, aut aestimationem restituere eoque nomine satisdare tenetur [1]). Atque etiam nominum ususfructus, cum in rem actionibus peti nequeant nomina, aliquantum recedit ab hujus juris natura ac velut proprietate (§ 285. in f.). Habet tamen hanc cum vero usufructu similitudinem, quod nihil plerumque nisi usus nominum transfertur ad fructuarium, qui ad restituenda finito usufructu obligatus est nomina [2]). Quodsi vero pecu-

p. 383 sqq. — *Glück* Pand. IX. p. 42 — 60. Aliter alii h. l. explicare conati sunt, velut. *Fr. Connanus* comment. j. civ. IV, 3. nr. 3. — *Ulr. Huber* Eunom. Rom. p. 326 sqq. — *C. v. Bynkershoek* obs. I, 11. — *S. Schnelle* D. de probabili interpr. L. 15. in f. L. 16. 17. pr. D. *de usufr.* Rost. 1825. 8., aliique, quos nominant *Glück* l. l. et *Schulting* nec non *Smallenburg* ad h. l. — L. 16. *eod.*

3) L. 7. in f. L. 8. L. 13. § 4. 5. 6. 7. D. *h. t.* — Vid. *Hagemeister* in *Hugo's* civ. Mag. III, 13. — A quo dissentit interpretatio *Noodtii* (l. l. I, 6. et obs. I, 9.), *Feuerbachii* (civ. Vers. Nr. IV. «Eine nothwendige krit. Emendation, die wohl keinen Zweifel leidet») — *v. Madai* in Arch. f. civ. Pr. T. XV. Diss. XVI. aliorumque. — Vid. *Glück* IX. p. 239 sqq.

4) *Hagemeister* l. l. p. 262. p. 266 — 272. — Cf. A. L. Z. anni 1835. fasc. 71. p. 562 sq.

§ 288.

1) L. 7. § 2. L. 27. § 3. L. 52. D. *h. t.* — L. 28. D. *de usu et usufr. per leg. dat.* (XXXIII, 2.) — Vid. *Noodt* I, 9. § *Dixi.* — Cf. a) *Leyser* Sp. 106. m. 3. — b) *C. L. Neuber* D. de usufructuario ad tributa belli modica tantum obligatio. Jen. 1799.

2) L. 7. § 2. 3. L. 48. pr. L. 74. D. *h. t.* — L. 7. C. *eod.* — L. 4. in f. D. *de operis servor.* (VII, 7.) — Cf. et L. 65. D. *h. t.* — *Gluck* Pand. IX. p. 255.

3) L. 65. pr. D. *h. t.*

4) L. 68. in f. L. 69. L. 70. D. *h. t.*

5) § 38. I. *de rer. div.* — L. 7. § 3. L. 18. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 59. pr. *eod.*

6) L. 65. pr. L. 5. L. 1. § 3. et 7. in f. L. 65. pr. D. *usufr. quemadm. cav.* (VII, 9.) — Vid. *Hasse* Culpa § 89. p. 447 sqq.

7) L. 13. pr. § 1. 2. — L. 15. § 3. L. 66. D. *h. t.*

§ 289.

(*) Dig. (VII, 5.) *De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur.* — *Majansii* Disp. XVII.

1) § 2. I. *h. t.* — L. 5. 7. D. *h. t.* — L. 7. § 1. D. *usufr. quemadm. cav.* (VII, 9.) — *Majans.* l. l. § 21—30. — Quomodo mutuum differat a quasi usufructu vid. *Westenb.* h. t. § 7. — Cf. et *Majans.* l. l. § 33. et *Gluck* Pand. IX. § 645.

2) *Majans.* l. l. § 13. et not. seq.

niam a debitore exegit, sponte transformatur jus in pecuniae usumfructum, et denuo cavendum est, ut tantundem ejusdem generis restituatur [3]). Vestium an verus sit ususfructus nec ne, id primum omnium pendet ex constituentium arbitrio; quod si de eo, ut vestimentorum ususfructus tamquam quantitatis constituatur, nihil certi definitum est, aequitati magis conveniens esse videtur, ut instar sit veri ususfructus. Neque tamen locari possunt vestimenta, cum hoc modo non utatur bonus paterfamilias, nisi eo ex genere sunt, quae locari solent, ut scenicae vestes, itemque funebres [4]).

§ 290. B) *De usu* (*).

Usum interpretamur: jus rebus alienis utendi, itemque illud personae cohaerens [1]). Usuarius igitur non modo ad necessitatem utetur, verum etiam ad voluptatem [2]). Ad compendium uti fere nequit, nec aliis rem utendam debet concedere [3]), nisi aut ipse, ad quem aedium usus pertinet, simul eas inhabitet [4]), aut forte auriga sit, cui equitii usus relictus est, qui quidem aliis equorum usum locare potest, dummodo sciens, hujus instituti et vitae esse usuarium, reliquerit usum [5]). Praeterea cum eo, cui fundi aut villae usus datus est, liberalius erit agendum, scil. pro personae ejus conditione ac dignitate, hoc pacto, ut tantum sumat ex penu, et horto, et pomis, et oleribus, eorumque similibus, quantum ac victum quotidianum sibi, suis, convivis etiam et hospitibus sufficiat [6]). Et si pecoris alicui usus relictus est, modicum etiam lactis pertinebit ad usuarium [7]). Denique instar est ususfructus, si aut fungibilium rerum aut silvae usus relinquitur [8]). Caeteroquin eo etiam usus differt ab usufructu, quod individuus sit usus [9]). Quod autem ad obligationes tum etiam ad onera incommodave attinet, similis fere per omnia usuarius habetur fructuario [10]).

§ 291. C) *De habitatione, tum etiam* D) *de operis servorum.*

Est etiam habitatio, s. inhabitandi jus, personae servitus, diversum tamen

3) Cf. L. 5. 4. D. *h. t.* — L. 1. C. *de usufr.* — *Weber* ad *Hoepfner* § 575. not. *. — *Auctoris* Cession § 47. p. 483 sqq.

4) Cf. L. 15. D. § 4. 5. L. 9. § 3. D. *usufr. quemadm. cav.*—L. 66. § 1. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) — At varie hac de re sentiunt interpretes, quoniam a Javoleno atque Ulpiano dissentiunt Institutionum auctores, § 2. I. *h. t.* — Vid. *Majans.* l. l. § 42—44. — *A. F. Schotti* D. de usufructu vestimentorum ex voluntate constituentis vel vero, vel quasi tali (opusc. p. 164 sqq.), et *Gluck* IX. p. 392 — 404. — *Schultingii* et *Smallenburgii* not. ad Digest. T. II. p. 212 sq.

§ 290.

(*) Inst. (II, 5.)—Dig. (VII, 8.) *de usu et habitatione.* — *Thibaut* Vers. I, 3.

1) L. 1. § 1. 23. D. *usufruct. quemad. cav.* (cf. § 285. not. 2.)—L. 10. § 1. 2. D. *h. t.* L. 21. *eod.*

2) L. 12. § 1. D. *h. t.* — L. 2. § 1. L. 3. L. 4. § 1. L. 5 — 7. L. 9. *eod.* — L. 22. § 1. *eod.*

3) L. 2. pr. L. 8. L. 11. L. 12 § 6. D. *h. t.* — § 1 — 3. I. *eod.*

4) L. 2. in f. L. 4. pr. D. *h. t.*

5) L. 12. § 4. D. *h. t.*

6) L. 12. § 1. L. 15. pr. D. *h. t.* — De fundi instrumento vid. L. 16. pr. *eod.* — Cf. *Du Caurroy* Institutes.

7) § 4. I. L. 12. § 2. D. *h. t.* — Cf. *Hoepfner* Commentar. § 385. Nr. 4. et *Glück* Pand. IX. p. 438 sq. (Nr. 11).

8) a) L. 5. § 2. L. 10. § 1. D. *de usufr. ear. rer.* rel. (VII, 5.) — b) L. 22. pr. D. *h. t.* — Vid. *Majans.* Disp. XVII. § 31. — *Gluck* IX. p. 443. not. 2.

9) L. 19. D. *h. t.* (cf. § 279. not. 11.).

10) a) L. 5. § 1. L. 11. D. *usufruct. quemadm. cav.* (VII, 9.) — b) L. 15. in f. *h. t.* — De reficiendi onere vid. L. 18. D. *h. t.* Quem quidem loc. varie explicant interpp. Vid. *Gluck.* IX. § 650.

cum ab usufructu tum ab usu aedium [1]). Nam locare aliis potest juris sui usum is, cui habitatio constituta est [2]); gratis vero eundem nequit concedere [3]). Praeterea, quoniam in facto magis consistit hoc jus, quam in jure, singularia quaedam, quae quidem ad amittendi rationem attinent, recepta sunt in illo [4]). Magis etiam a servi usufructu aut usu recedit operarum servitus [5]), siquidem et ad heredes transit, nec capitis deminutione perit, non magis quam non utendo, nec omnino antea amittitur, quam aut exstinctus sit servus, aut usucaptus [6]). Quod quidem jus ad animalium operas translatum esse [7]) et hodieque observari, sunt qui censeant [8]).

TIT. III. SERVITUTES QUEMADMODUM CONSTITUANTUR ET AMITTANTUR.

§ 292. 1) *De constitutione servitutum* 1) *universim disseritur.*

Constituuntur servitutes lege [1]), adjudicatione [2]), praescriptione (§ seq.), privatorum arbitrio, eoque vel testamento [3]), vel pacto declarato. Neque vero aut acquirere aut imponere fundo potest servitutem, nisi qui dominus est praedii, aut tale in eo habet jus, quod proxime accedit dominio, i. e. vel emphyteuticum vel superficiarium jus [4]). Nec magis per unum socium communi fundo acquiritur servitus injungiturve [5]). Caeterum etiam ei rei, quae licet nondum sit, futura tamen speratur, recte constituitur aut imponitur servitus [6]). Jam vero cum quaeritur, quomodo ipsum jus servitutis efficiatur, primum omnium translatio s. datio servitutis separanda est ab ejus deductione, quae quidem ita fit, ut

§ 291.

1) L. 13. C. *h. t.* (III, 33.)—§ 5. I. *h. t.* (cf. L. 10. pr. § 1—3. D. *h. t.*). — *Majansii* Disp. XVIII.— *Thibaut* civ. Abh. Nr. II. — Caeterum, habitatorem iis tantum uti posse aedium partibus, quae habitationi inserviant, id ex L. 41. pr. D. *de S. P. U* (VIII. 2.) minime elici poterit (cf. L. 12. pr. D. *h. t.*)., non majis quam ex L. 12. § 1. D. *h. t.*—Vid. *Thibaut* p. 15.

2) L. 13. C. *h. t.* (III, 33.) et § 5. I. *h. t.*; qua quidem derogatum est L. 8. pr. D. *h. t.* (vid. et not. seq.)

3) L. 10. pr. D. *h. t.* — Dissent. *Vinnius* ad § 5. I. *h. t.* nr. 2. — *Majans.* l. l. § 11. — *Glück* Pand. IX. p. 461. — Sed. vid. *Thibaut* l. l. p. 23 sq.

4) a) L. 10. D. *de cap. min.* (IV, 5.) — b) L. 18. pr. in f. D. *h. t.* — c) L. 27. L. 32. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — *Thibaut* p. 30 sqq.— Dissent. v. *Buchholtz* Vers. Nr. XVI.

5) Dig. (VII, 7.) *de operis servorum.* — L. 2. D. *de usu* etc. *per leg. dat.* (XXXIII, 2.) — L. 1. § 9. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.) — *Majansii* Disp. XIX. — Cf. *Westenb.* pr. jur. Dig. h. t. § 3. 4.

6) L. 2. D. *de usu* etc. *per leg. dato.*—Dissent. quod attinet ad transmissionem ad heredem *v. Buchholtz* Vers. Nr. XVI.

7) Propter L. 5. § 3. D. *usufr. quamadm. cav.* (VII, 9.).

8) Cf. *Heise* Grundr. p. 50. not. 9. (ed. III.).

§ 292.

1) Vid. L. 1. et 3. C. *de bon. mat.* (VI, 60.) — L. 6. C. *de bon. quae lib.* (VI, 61.) — L. 3. C. *de sec. nupt.* (V, 9.) — Nov. 117. c. 5. — *Noodt* de usufr. II, 4. — L. 14. § 1. C. *de servit.* (III, 34.) — L. 12. § 1. 4. C. *de aedif. privat.* (VIII, 10.) — Cf. et supra § 279. not. 3. et L. 23. § 3. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.)—Nonnunquam etiam lege alicui ad constituendam servitutem imponitur velut obligatio, cum propter necessitatem (Arg. L. 12. pr. D. *de relig.* (XI, 7.)— L. 14. pr. D. *quemadm. serv. amitt.* (VIII, 6.) — L. 10. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) L. 15. § 1. D. *de usu et usufr. p. leg. dato.* (XXXIII, 2.)—[Cod. Nap. 682—685.]— Cf. *Zachariae* lib. quaestion. Qu. 19.—*Glück* Pand. IX. p. 97 — 103. et imprimis *Elvers* in Themide I. Nr. IV. — Lehre vom Nothwege, cf. et *C. Reichard* Abhandl.—Gera 1830.—p. 66 sqq.—), tum ad restituendam eam, quae summo jure amissa erat (vid. infra § 394. not. 1. b.).

2) L. 6. § 1. D. *de usufr.* (VII, 1.) — L. 22. § 3. D. *fam. erc.* (X, 2.) — L. 6. § 10. L. 7. § 1. D. *comm. div.* (X, 3.) (cf. *Noodt* de usufr. II, 3. et *Thibaut* Pand. § 621. ed. II.).

3) Dig. (XXXIII, 2.) *de usu, et usufructu, et reditu, et habitatione, et operis per legatum vel fidei commissum datis.* — (tit. 3.) *de servitute legata.* — Caeterum de iis, quae vel maxime propria sunt hujusmodi legatis, infra dicetur Lib. V. c. V. § 730.

4) L. 15. § 7. *h. t.* (VII, 1.) verb.: *Quibus consequenter.* — L. 6. pr. in f. D. *comm. praed.* (VIII, 4.) — L. 1. pr. D. *quib. m. ususfr. am.* (VII, 4.) L. 1. § 9. D. *de superficieb.* (XLIII, 18.)

5) L. 34. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.) — L. 2. D. *de serv.* — L. ult. D. *commun praed.* — Cf. § 279. not. 13.

6) L. 23. § 1. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) — L. 10. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.)—L. ult. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.)

in dominio transferendo servitus detrahatur s. excipiatur [7]). Et in deducenda quidem servitute, quin statim et velut ipso jure acquiratur servitus, nihil habet dubitationis. Nec magis dubitatur, quin idem obtineat in servitutibus, quae aut lege aut adjudicatione quaeruntur [8]), tum vero in his, quae testamento constituuntur verbis directis, i. e. ita, ut recta transeant via ad legatarium [9]). De iis autem servitutibus, quae pactionibus constituuntur, non una est interpretum sententia. Et alii quidem arbitrati sunt, ad acquirendum jus semper opus esse quasi traditione, i. e. usu ac patientia, hoc pacto, ut in negativis servitutibus velut dicis causa alter, adversus servitutis jus facere simulans, alterius prohibitioni acquiescat [10]); quae sententia jam communi omnium consensu explosa esse videtur [11]). Alii, mediam quodammodo viam ingredientes, in negativis quidem servitutibus sufficere ajunt pactionem ad ipsum efficiendum servitutis velut dominium, at in affirmativis quasi traditionem accedere oportere sibi persuadent [12]). Jam vero apud plerosque obtinuit, ut videtur [13]), sententia existimantium, servitutum jus, sive ex affirmativarum sive ex negativarum genere illae sint, uti olim fiebat mancipatione atque in jure cessione, sic novo jure etiam pactionibus constitui posse [14]), dummodo ita comparata sit conventionis formula, ut a mero obligationis jure satis certis notis id, de quo agitur, discerni possit [15]). Quemadmodum autem quasi traditionem, quae usu ac patientia fiat, idem efficere atque conventionis formulam non est quod dubitemus [16]): sic etiam credendum est, utroque modo constitui posse servitutes, quarum constitutio testamento mandata est oneratis [17]). Atque id quidem de ipso servitutis dominio. Quae vero ex servitutis quasi possessione pendent jura, ea, nisi legitimo modo

7) *Gaji* inst. II. § 33.—Vat. Fr. § 47. 50. 51. 80. atque ibi *de Buchholtz* in oot.—*Schrader* in ephemerid. jurid. Tub. I. p. 183. et *Hasse* Rhein Mus. I. p. 91. io f. —Cf. L. 32. L. 36. § 1. D. *de usufr.* (VII, 1.) —*Dirksen* de variis dominationib. coostitutiooïs jurium io re aliena per deductionem. Regiom. 1826. 4.—*Haertel* in Diss. infra (not. 14.) laud. § 37 — 39.

8) Vid. not. 2. et *Westphal* § 871. 872.

9) Quod quidem plerumque ita accipieodum est, propter rationem § 2. I. *de leg.* expositam; quam tameo latius, quam res poscit, interpretaotur *Vinnius* ad § 4. I. *de serv.* nr. 3. et § 1. I. *de usufr.* nr. 2. et *Noodt* de usufr. II, 1. § *Potest igitur* Vid. infra not 17.

10) V. c. *Thibaut* Besitz u. Verjähr § 16. A. b.

11) Cf. *Hoepfner* Comment. § 352. or. 1. — *Savigny* Besitz § 46. p. 551 sq. ipsumque *Thibautium* Pand. § 621. Nr. E. (ed. 6.)

12) Maxime propter L. ult. D. *de servit.* (VIII, 1.) — L. 1. in f. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.) — L. 25. § ult. D. *de usufr.* (VII, 1.) — et Arg. L. 20. C. *de pact.* — L. 3. pr. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) (cf. Archiv f. civ. Praxis VIII. p. 363. — Rhein. Mus. I. p. 93.). — *Noodt* de usufr. II, 2. — *Duroi* in Archiv f. civ. Praxis VI. p. 284 — 286. (nr. 6.). — *W. Francke* civ. Abhaodl. (Gött. 1826.) Nr. III.— Propriam suam ioivit rationem *Zimmern* Archiv f. civ. Pr. VII. Nr. XVII.—Cf. *Schrader* in ephemerid. jur. Tub. I. p. 74. in f. seq. p. 78.

13) Vid. *Puchta* in ephemerid. jur. Erlang. T. V. p. 288. in f. seq. — *Zimmern* ibid. T. VI. p. 19 sqq. ibiq. p. 29. in f. Cf. scriptores not. seq. laudd.

14) *Gaji* inst. II. § 29. et 31. — § 4. I. *de servit.* § 1. I. *de usufr.* — L. 3. pr. io f. D. *de usufr.* — Vid. *Savigny* Besitz § 45. p. 527. not. 1. — *E. J. Schmidtlein* D. de servitutibus per pact. coostit. Goett. 1823. 8. — *Id.* in Arch. f. civ. Pr. IX. Nr. IX.—*Michelsen* ibid. VIII. Nr. XIV. — *Hasse* Rhein. Mus. I. p. 64 sqq. (cf. censurae *Schraderi* lo ephemer. Tub. I. p. 66 sqq. et *Zimmerni* in ephem. Erl. T. VI. p. 19 sqq.). —*H. Haertel* D. de servitutib. per pacta et stipulationes coostitutis ex jure Romaoo. Lips. 1828. 4.; qui quidem stipulatiooes non acquirendae, sed coofirmandae servitutis causa pactis esse adjectas contra Hassium contendit, § 23 et § 33.

15) Arg. L. 3. pr. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — *Hasse* l. l. p. 90. 93. p. 97 — 105.

16) L. ult. D. *de serv.* (VIII, 1.) — L. 1. io f. D. *de S. P. U.* (VIII, 3.) — L. 25. § ult. D. *de usufr.* (VII, 1.)— Disseot. cum aliis — *Hasse* l. l. p. 122. propterea quod dicitur: « Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionib. et stipulationib. id efficere debet» (§ 4. I. *de serv.*—§ 1. I. *de usufr.*). At latius etiam progreditur *Haertel*, qui quasi traditionem minime esse aptam ad constituendas servitutes ceoset, nec hanc in fioem adhibitam jure Romaoo, sed commodorum causa, quae cum possessione essent conjuncta, § 5. § 24. § 25. in f. § 29.

17) Neque eoim inter servitutes, quae ex conventione, atque eas, quae testatoris jossu coostituuntur, discrimioïs ratio aut ipsius rei natura apparet ulla, aut his inducitur locis, ad quos vulgo provocare solcot, velut § 4. I. *de servit.* — L. 3. pr. D. *de usufr.*

juris quaesita est possessio, exerceri omnino nequeunt [18]). Verumtamen negativarum servitutum ea est natura, ut simul cum causa juris ipsius transferendi idonea, etiam possessio earum acquiratur [19]). At tali non interveniente causa, nec ejusmodi servitutum possessio antea quaeretur, quam is, qui ad se velit pertinere servitutem, tamquam suo jure prohibuerit dominum, contra id, quod intenditur, facere volentem [20]).

§ 293. 2) *Singulatim de praescriptione servitutum acquisitiva* (*).

Possunt etiam servitutes longo tempore et juris velut possessione capi, non modo eo, quod hominum memoriam excedit servitutis usus [1]), verum etiam praescriptionis genere ejusmodi, quam definitam vocant (§ 422.). Enimvero cum usucapio quidem esse non posset servitutum [2]), sensim tamen obtinuit, ut diuturnus servitutis usus et longa quasi possessio instar esset juris quaesiti [3]), tum etiam eodem ille concluderetur temporis spatio, ut immobilium rerum praescriptio [4]). Hisce igitur legibus potissimum continetur servitutum velut acquisitiva praescriptio: 1) Juris quasi possessio adsit certa isque possidentis animus, ut tamquam jure suo utatur possidens [5]). 2) Juris quasi possessio aut justo titulo subnixa sit, aut talis, quae vitio caret, hoc pacto, ut per tempus legibus defini-

18) L. 2. in f. D. *comm. pr.* (VIII, 4.) — L. 10. pr. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 7. D. *de itin. actuq. priv.* (XLIII, 19.) — Cf. L. 25. D. *quemadm. serv. am.* (VIII, 6.) et supra § 279. nr. 7. — L. 1. § 5. D. *de itin. actuq. priv.* — *Unterholzner* ausf. Verj. L. T. II. p. 171 — 174. (Nr. II.).

19) Vid. *Hoepfner* § 352. — *Savigny* Besitz § 46. p. 553 sqq. — Dissent. *Pufendorf* obs. I, 32. § 14. — Cave tamen, ne ex L. 6. § 1. D. *si serv. vind.* (« Sciendum tamen, in his servitutibus eundem esse possessorem juris, et petitorem, et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est » —) colligas, eo solo servitutis quasi possessionem constitui vicinorum alteri, quod alter forte non faciat in suo, quod facere illi jure dominii liceat. — Vid. et *C. Albert* üb. den Besitz unkorperl. Sachen (Leipz. 1826.) p. 209. not. 2. et *Puchta* Rhein. Mus. I. p. 173 sq. not. 19. — Non enim id agit Ulpianus, ut definiat, quaenam sint jurium quasi possessionis in servitute altius non tollendi conditiones, sed ut demonstret, eum quoque, qui in servitutis sit possessione, tamen petitorem esse, s. confessoria actione uti posse. Aliter h. l. interpretatur *Savigny* Besitz p. 552. not. 1.

20) Vid. not. 19. et cf. L. 18. in f. D. *quemadm. serv. am.* — L. 15. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) — et Arg. L. 6. § 1. D. *si serv. vind.*

§ 293.

(*) *Majansii* Disput. Nr. LXVIII. — *de Seckendorf* et *Gensler* in Arch. f. civ. Pr. IV. Nr. XII. — *Seuffert* Erört. II. Nr. XIV. — *Unterh.* ausf. Verj L. II. § 187 — 216.

1) Arg. L. 1. in f. L. 2. pr. L. 26. D. *de aq. pl. arc. act.* (XXXIX, 3.) — L. 3. § 4. D. *de aq. quot. et aest.* (XLIII, 20.) (cf. § 269.). — Dissentire videtur *Unterholzner* ausf. Verj. L. I. § 141. 142. II. § 205. At vid. eund. I. p. 514. et p. 527. in f. sq.

2) L. 14. pr. D. *de servitut.* — L. 4. § 29. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — Cujus juris rationem et indolem varie interpretantur recentiores Vid. v. c. *Galvanus* l. l. c. 12. — *Jos. Fern. de Retes* ad legem Scriboniam *Meerm.* thes. VI. p. 464 sqq. — *Ulr. Huber* Digr. P. II. Lib. II. c. XVII. — *d'Avezan* servit lib. IX. — *v. de Water* observ. II. 18. — *Brancku* observ. dec. II. c. 17. — *Majansii* Disp. Nr. LXVIII. § 1—9. — *Gros* Gesch. d. Verj. p 18 — 25. — *Dabelow* Verj. 1. § 23. 37. — *Gluck* Pand. IX. § 629. — *Loehr* Magaz. III, 3. — *Unterholzner* Verj. § 5. — *Stever* de servit. praed. c. VII. § 5 — 7. — *Unterh.* ausf. Verj. L. II. § 195 — 197. (De receptione servitutis, quae biennii usu fiebat, vid. *Paulli* rec. sent. I. T. 17. — Cf. Wisigothor. interpr. et *Schultingii* not. ad h. l. — A quo dissent. *Unterh.* l. l. § 5. nr. 2. et *ejusd.* ausf. Verj. L. II. p. 135 sq.

3) L. 10. pr. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 1. § ult. D. *de aq. pluv. arc. act.* — L. 5. § 3. D. *de it. actuq. priv.* (XLIII, 19.) — L. 1. C. *de serv. et aqua.* (III, 34.) — L. 2. C. *eod.* — Cf. *Unterh.* ausf. Verj. L. II. § 198. — *Seuffert* Erört. II. p. 60. 61. — Neque contraria est L. 10. § 1. D. *de usurp.* — Vid. *v. de Water* obs. p. 230 in f. sq. — Aliter hunc locum explicat *Unterholzner* l. l. p. 148 sq.

4) L. 2. C. *de serv. et aq.* (« exemplo rerum immobilium tempore quaesisti ») et inprimis L. 12. in f. C. *de praescr. l. temp.* (VII, 33.) — Dissent. *Zimmern* in ejus et *Neustetelii* Untersuch. I, 5. atque ibi inprimis p. 108 sqq. — Sed. vid. *Thibaut* Arch. für civ. Pr. V. p. 323 — 330. et inprimis *Hasse* Rhein Mus. II. p. 398 sqq. Vulgarem sententiam etiam tuetur *Unterh.* l. l. § 199. 200. 213., licet improbare videatur rationes, ejus rei probandae causa supra allatas, § 201. 202.

5) L. 1. § 6. L. 7. *de itinere actuque priv.* (XLIII, 19.) (Vid. supra § 120. nr. 5.). — *Savigny* Besitz § 46. p. 535. in f. sq. — *Seuffert* Erört II Nr. XIV, 1. — *Unterh.* ausf. Verjähr. Lehre II § 209. — *C. Albert* üb. Besitz unkorperlicher Sachen (Leipz, 1826.) § 111 — 114.

tum non vi, aut clam, aut precario possedisse, instar habeatur tituli [6]). Praeterea 3) necesse est, ut bona fide possessio coeperit [7]), s. jure legeque se possidere is putet, qui servitutem longo tempore acquirat [8]). Denique 4) acquiritur jus aut decem aut viginti annorum cursu continuo, practerquam si ejusmodi sit res, in quam non cadat ordinaria praescriptio [9]). Quemadmodum autem et auctoris utitur accessione, qui possidet [10]) : sic juris quoque possessio per alios retineri potest [11]). De eo vero, quomodo interrumpatur juris possessio, pro diversa servitutum natura ac indole varie erit statuendum [12]). Caeterum etiam personae servitutes hoc modo constitui posse, non est quod dubitemus [13]).

§ 294. II) *De exstinctione servitutum, et quidem 1) cum rei tum personae cohaerentium* (*).

Causae amittendarum servitutum, quae quidem communiter pertineant ad utrumque genus, et rei et personae cohaerentium, hae potissimum sunt : 1) Confusio et consolidatio [1]). 2) Rei, et servientis, et ejus, cui servitus debetur, inter-

6) L. 10. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 1. in f. D. *de aq. pluv. arc. act.* (XXXIX, 3.) — Quomodo intelligenda sit L. 2. C. *de servit.* (« Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti, servitutem——tempore quaesisti » —) vid. *Unterh.* II. § 212. — *Albert* vom Besitz unkörperlicher Sachen (Leipz. 1826.) § 96. p. 115. not. 5. et *Hasse* l. l. p. 405 sqq. — Cf. *Majans.* l. l. § 15. — Caeterum non esse necessarium titulum, licet sint qui contra sentiant, solidis rationibus defendi poterit, certe ex jure Romano : L. 10. D. *si servit. vindic.* (« Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo »). Vid. *Donellus* in comment. jur. civ. L. XI. c. 12. § 11 — 15. — *Finn.* sel. jur. qu. I, 31. — *Glück* Pand. IX. p. 140 — 144. — *Rosshirt* Arch. f. civ. Pr. IX. p. 6. 7. — *Unterh.* Verj. durch fortges. Besitz § 52. nr. 4. et ausführl Verj. L. II. 177 sq. (Nr. I.). — *Hasse* l. l. p. 400 sqq. — *Hoffmann* et *Fuhr* civilist. Vers. (Darmst. 1835.) diatr. I. — Dissent. *Bessel* Archiv für civ. Pr. T. XIII. Nr. XIX. — Vid. *Unterh.* vid. (p. 176.) de quaestione : num id mutatum sit jus pontificum decretalibus (c. 1. *de praescript.* in 6. II, 13.). — De eo vero, quid probandum sit actori, cf. *de Seckendorf* l. l. p. 89 sqq. ibiq. *Genslerum* in notis et *Unterh.* ausf. Verj. Lehre II. § 216. et *Hasse* l. l.

7) Scil. Rom. jure sufficit, *coepisse* bona fide possessionem ; quod quidem secus est can. jure : Arg. c. 5. et ult. X. *de praescr.* (II, 26.) — *Unterh.* ausf. Verj. L. § 215.

8) L. 25. D. *quemadm. serv. amitt.* (VIII, 6.) — L. 1. § 10. D. *de aq. quot.* (XLIII, 20.) — Cf. *Hoffmann* l. l. p. 4. — At omnino non requiri bonam fidem in servitutum acquisitione affirmant *Zimmern* l. l. p. 119 sqq. *Moellenthiel* v. guten Glauben p. 104 sqq. et *Seuffert* l. l. p. 65 — 67. (nr. 4.) (Cf. et *C. Albert* üb. Besitz unkörperl. Sachen § 133 — 139. et *Huschke* in ephemer. jurid. Tub. II. p. 368. B.). Contra quos vid. *Unterh.* ausf. Verj. L. II. p. 179. — Cf. et *Glück* l. l. p. 132. — 139. (Nr. II.).

9) Vid. not. 4. et *Thibaut* Bes. und. Verj. II. § 36. nr. 1. not. 2. et *Unterh.* ausf. Verjähr. L. II. § 204. § 208. p. 170. § 213. — Neque vero, quod ad tempus attinet, quo possessione servitutes velut capiantur, discrimen statuendum est inter continuas et discontinuas servitutes. Vid. *H. Donelli* comment. jur. civ. XI. c. 11. § 8 sqq. — *Thibaut* l. l. p. 109. not. 1. — *Glück* l. l. p. 148 — 150.

10) Arg. L. 3. § 2. et 7. D. *de itinere actuque priv.* (XLIII, 19.) — *Unterh.* ausf. Verjähr. L. II. § 214. I, 1. — Cf. et *Thibaut* l. l. § 18. in f.

11) L. 1. § 7. L. 3. § 4. D. *de itin. actuq. priv.* — L. 5. L. 6. pr. L. 20. D. *quemadm. serv. amitt.* (VIII, 6.) — L. 12. § 2. L. 38 — 40. D. *de usufr.* (VII, 1.) — *Savigny* Besitz § 46. p. 557. — Caeter. vid. L. 29. pr. D. *quib. m. ususfr. am.* (VII, 4.) — Cf. *Savigny* l. l. § 45. p. 530. B. et not. 1.

12) L. 6. L. 20. pr. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) — L. 4. § 27. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — L. 2. C. *de servit.* (III, 34.) — L. 10. C. *de aq. et ret. poss.* (VII, 32.) — Cf. *Savigny* Bes. § 45. p. 528 sq. § 46. p. 554. — *Unterh.* Verjähr. § 52. nr. 2. — *Zimmern* l. l. p. 117 sq. — *Unterh.* ausf. Verj. L. § 214. — *C. G. Muller* num et quatenus continua possessio requiratur in juribus discontinuis praescriptione constituendis. Lips. 1832.

13) Arg. L. 12. in f. C. *de praescr. l. t.* (VII, 33.) — Dissent. *Zimmern* l. l. p. 112 sqq., nec non in Themis ou Bibliothèque du Jurisconsulte IV. p. 373 sqq. — Cf. *Unterh.* ausf. Verj. Lehre II. p. 168. et *Seuffert* Erört. II. p. 69 sq. (nr. 2.).

§ 294.

(*) Dig. (VIII, 6.) *Quemadm. servitutes amittuntur.* — *v. Buchholtz* Vers. Nr. XVII.

1) L. 1. D. *h. t.* — L. 30. pr. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) — § 3. I. *de usufr.* — L. 3. § 2. D. *de usufr. accr.* (VII, 2.) (Cf. L. 4. D. *de usufr. quemadmod. cav.* (VII, 9.) — L. 17. D. *quib. mod. ususfr. am.* (VII, 4.) — Caeter. vid. a) L. 8. § 1. D. *de serv.* — L. 27. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.) — b) L. 18. D. *de serv.* — L. 116. § 4. *de leg.* I. — L. 70. § 1. L. 84. § 4. *eod.* — L. 9. D. *commun. praed.* (VIII, 4.) — L. 57. pr. D. *de usufr.* — L. 7. § 1. D. *de fundo dot.* (XXIII, 5.) — L. 35. pr. D. *de bon. libert.* (XXXVIII, 2.)

itus [2]). 3) Diei vel conditionis, quae juri constituto adjecta est, eventus [3]), omninoque causa eveniens dominii revocandi, eaque talis, quae efficiat, ut dominium resolvatur *ex tunc*(§ 271. not. 9.). 4) Remissio servitutis[4]), quae quidem et tacite fieri potest[5]), denique 5) usus per tempus definitum intermissio, s. servitutum praescriptio extinctiva, quam vocant [6]). Et tempus quidem idem constitutum est, quod rebus soli acquirendis sufficiat [7]), praeterquam quod in discontinuis servitutibus, iis certe, quae exerceri nequeunt nisi alternis aut annis aut mensibus, duplicatur praescriptionis tempus, sic tamen, ut viginti annorum spatium non excedatur[8]). At vero solo non utendo non amittentur servitutes nisi praediorum rusticorum. Nam in reliquis, ex eorum quidem genere, quae praediis adhaerent, ut servientis praedii libertas restituatur, libertatis usucapio, ut vocari solet, accedat necesse est [9]); ab usufructu autem non aliter liberabitur res, nisi per decem vel viginti annos quasi liberam rem possederit dominus [10]). Caeterum nemo rei libertatem quaerere potest tempore, nisi ejus teneat possessionem, aut ipse, aut per alios [11]); at similiter possessor, ut in acquirendo jure, accessione utetur ex persona auctoris [12]). Quemadmodum autem is quoque, qui intra tempus constitutum alio

2) a) L. 2. D. *de usufr.* — L. 24. L. 30. 31. D. *quib. mod. ususfr. am.* — Observ. α) area exstincta, cui servitus imposita sit aut praedii aut personae, item hanc quoque perimi, nec eam restitui, licet ad pristinum statum reversa sit res. Contra vero ad tempus duntaxat agro occupato, v. c. vi fluminis, utramque retineri servitutem. L. 23. L. 24. pr. et § 1. D. *quib. mod. ususfr. am.* — § 3. in f. I. *de usufr.* — L. 14. pr. D. *h. t.* (Vid. *Noodt* de usufr. II, 11. § *Idem censet* et sq.). — L. 10. § 2. 3. D. *quib. m. ususfr. am.* Simileque evenit jus mobilibus rebus in usumfructum datis iisdemque exstinctis. L. 16. § 5. 6. 7. D. *eod.* Utrum autem pro exstincta res sit habenda, nec ne, id cum ex ipsius rei qualitate, tum vero ex lege ususfructus judicandum erit. Cf. L. 10. § 4. 5. 8. L. 11. L. 12. pr. L. 31. D. *eod.* — Cf. *Averanii* interpr. V, 26. et supra § 223. not. 15. — β) Aedificio imposita servitute, sublatis postea aedibus usumfructum quidem item penitus tolli, praedii vero servitutem rursus renovari, posteaquam restitutae fuerint aedes. L. 5. § 2. D. *quib. mod. ususfr. am.* — L. 20. § 2. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) — Quemadmodum autem demoliendo, sic etiam aedificando tolli potest ususfructus, sic tamen, ut sublata superficie rursus restituatur ususfructus. L. 36. pr. L. 71. D. *de usufr.* — L. 5. § 3. L. 6. L. 7. D. *quib. m. ususfr. am.* — L. 9. pr. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — Cf. *Noodt* l. l. II, 11. § *Caeterum ut amittitur.* — b) Cf. De ea quaestione, quis sit effectus exstincti praedii dominantis vid. L. 20. § 2. D. *de S. P. U.* (Cf. *v. Buchholtz* l. l. p. 182 sq.) — L. 13. pr. D. *de S. P. R.* (VIII, 3.)

3) L. 4. pr. D. *de serv.* — L. 16. D. *quib. m. ususfr. am.* — L. 5. C. *de usufr.* (III, 33.) — Nov. 22. c. 32. et § seq. not. 1. — Cf. L. 12. C. *eod.* — (L. 32. § 6. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2.) — Vid. *Noodt* l. l. II, 5. § *Interim putemus.* — *Glück* Pand. IX. p. 363 — 366. — Cf. § 280. nr. 3. et not. 6.

4) L. 8. § 1. D. *de serv.* — Vid. a) L. 34. pr. in f. D. *de S. P. R.* — b) L. 65. pr. D. *de usufr.*

5) L. 8. pr. D. *h. t.* (*Hoepfner* Comment. § 368. nr. 2.) — Neque vero, qui non prohibet contra facientem, remittere videtur servitutem. L. 5. pr. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) Quem tamen locum alii aliter explicant (v. c. *Pullmann* opusculor. syll. Diss. V. c. 3.), maxime propter L. 28. D. *communi div.* (X, 3.) licet ea ab hoc nostro argumento prorsus sit aliena. — Caeter. vid. *Glück* X. p. 263. (nr. III.).

6) At habitatio eo modo non perimitur (L. 10. D. *de cap. min.* (IV, 5.) non magis quam operarum servi jus. L. 2. D. *de usu* etc. *per leg. dot.* (XXXIII, 2.) — (*Unterh.* ausf. Verj. I. § 228.) — Simile est jus itineris sepulchro debiti (L. 4. D. *h. t.*), tum etiam ususfructus alternis annis relicti (not. 8. in f.). — Caeter. vid. *Thibaut* Besitz u. Verj. II. § 58. d. et *Unterh.* ausf. Verj. I. II. p. 210 — 214. — De fungibilium rerum usufructu vid. Vat. Fr. § 46. et Progr. Ususfructus pecuniae an non utendo per statutum tempus pereat. Vratisl. 1830.

7) L. 13. C. *de serv. et aq.* (III, 34.) — L. 16. C. *de usufr.* (III, 33.) — Cf. *Noodt* l. l. II, 8. § *Amittitur igitur*, et *Glück* IX. p. 368. nr. 1. — Caeterum et in amittendis tempore servitutibus extraordinariae praescriptionis privilegia observantur; Arg. Nov. 131. c. 6. — *Unterh.* l. l. § 229.

8) L. 7. D. *h. t.* — L. 14. pr. C. *de serv.* (III, 34.) (Cf. *Unterholzner* § 205.) — Secus est in *usufructu* alternis temporibus constituto, de quo vid. L. 13. D. *de usu et usufr.* rel. *leg.* (XXXIII, 2.) — L. 28. D. *quib. m. ususfr. am.* — Cf. *Cujac.* obs. XIV, 18. — Vid. et *Westphal* l. l. § 884.

9) L. 6. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) — *Unterh.* II. § 231. in f. et § 232. (Cf. L. 4. § 27. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — Vid. *Francke* civ. Abhandl. p. 157 sqq. et *Unterh.* II. p. 220. not. 666.) — Quae quidem differentia non potest videri esse sublata L. 13. C. *de servitut.*, quippe quae de solo temporis spatio praecipiat. — Vid. *Glück* X. p. 266.

10) L. 16. § 1. in f. C. *de usufr.* (III, 33.) — *Glück* Pand. IX. p. 370 — 373. (nr. 2.). — Dissent. *Unterh.* II. § 223 — 225. et § 230. Sed vid. § 3. I. *de usufr.* ibiq. *Theophilum* (« - - non utendo *certo modo* et constituto tempore »).

11) L. 32. § 1. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.) — Cf. *Unterholzner* II. p. 228 sq.

12) Arg. L. 3. § 2. D. *de itinere actuq. priv.* (XLIII, 19.) — *Unterh.* § 234.

modo usus est servitute, quam uti debebat poteratque, velut non utendo jus suum amisit [13]): sic etiam tempus, quo usus non est jure is, cui servitus debetur, ei imputabitur, qui in locum illius successit [14]). Quodsi vero, aut naturae aut servientis domini facto, usus impeditus est servitutis tanto temporis spatio, quantum ad perimendam eam sufficiebat, tum sublato impedimento in pristinum statum restituitur jus [15]). Nec tamen solo juris abusu exstinguitur servitus [16]), non magis quam officiorum detrectatione [17]), eove, quod servitute, individua illa quidem [18]), aut pro parte aliquis usus non est [19]), aut ex pluribus, quibus debeatur servitus, unus tantummodo sociorum intermisit usum [20]). At vix est, quod admoneatur, tum nihil juris perimi, nisi jam coeperit jus [21]), tum vero etiam per vicarios retineri posse servitutem [22]).

§ 295. 2) *Personae servitutum amittendarum causae quaedam propriae* (*).

Sunt etiam propriae personae servitutum finiendarum causae, praeter eas, quas propter notionum atque causarum inter se similitudinem modo attigimus, hae potissimum [1]): mors naturalis, capitis deminutio, lex. Morte igitur ejus, cui servitus debetur, personae servitutes, si ab uno illo discesseris operarum jure [2]), plerumque exstinguuntur [3]), praeterquam si ita constitutae sunt, ut ad heredes quoque transeant [4]). Capitis deminutione perimuntur ususfructus et usus, non item reliquae personarum servitutes [5]); praeterea magna sit c. d. necesse est, scil. praecipiente Justiniano [6]). Excipitur tamen ab utraque finiendi juris causa ususfructus per servum vel per filiumfamilias quaesitus [7]). Caeterum quid finito jure alter alteri praestare necesse habeat, id ex iis, quae de usufructuarii juribus officiisque supra exposita sunt, sponte poterit intelligi, hoc tamen praeterea observando: impensarum ratione, utilium quoque, minus esse

13) L. 10. § 1. L. 17. L. 18. pr. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 20. D. *quib. m. ususfr. am.* — L. 9. § 1. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 2. D. *h. t.* — L. 17. pr. D. *de aq. pl. arc. act.* (XXXIX, 3.) (Cf. *Unterh.* § 231. Nr. II.)

14) L. 18. § 1. D. *h. t.*

15) Vid. supra not. 2. a. *β*. et L. 34. § 1. — L. 35. D. *S. P. R.* (VIII, 3.)—L. 14. pr. D. *h. t.*— Cf. L. 10. D. *de vi.* (XLIII, 16.)

16) L. 11. pr. D. *h. t.* — L. 1. § 5. 6. D. *usufr. quemadm. cav.* (VII, 9.) — Recentiorum hac de re opiniones vid. ap. *Glück* IX. § 658. p. 493 sqq.

17) L. 27. pr. in f. D. *de noxalib. actionib.* (IX, 4.) — Cui contraria non est L. 9. § 5. L. 10. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) — Vid. *Cujac.* ad L. 48. Paull ad edict. (opp. post. ed. *Fabr.* T. II. p. 678.).

18) Vid. enim L. 14. L. 25. D. *quib. m. ususfr. am.*

19) L. 8. § 1. L. 9. D. *h. t.* — Cf. et L. 9. § 1. D. *si servit. vind.* aliique loci, qui not. 13. excitantur.)

20) L. 10. pr. D. *h. t.* (vid. supra § 279. not. 14.). —Caeter. cf. L. 6. § 1. D. *h. t.*—Vid. *Unterh.* II. § 226. p. 207 sq.

21) L. 19. D. *h. t.* — *Unterh.* II. p. 226. nr. V.

22) L. 5. L. 6. pr. L. 20—23. D. *h. t.*—Nec vero possessoris mala fides impedit, quo minus retineatur servitus: L. 24. D. *h. t.*

§ 295.

(*) Dig. (VII, 4.) *quibus mod. ususfructus vel usus amittitur.*

1) Vid. L. un. C. *si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfr. reliq.* (V, 10.) et ad h. l. *Auth.* — Cf. omnino § 542.

2) L. 2. in f. D. *de usu et usufr. per leg. dat.* (XXXIII, 2.)

3) L. 3. in f. D. *h. t.* (Cf. not. 7. tum etiam Dig. VII, 2. *de usufr. accrescendo.*) — De usufructu iis constituto, quae jure ac lege finguntur esse personae, vid. L. 56. D. *de usufr.* — L. 8. D. *de usu et usufr. per leg. dat.*—Vid. et L. 21. D. *h. t.* —*Gluck* Pand. IX. p. 325 sqq.

4) L. 5. pr. D. *h. t.* — L. 38. § 12. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 26. pr. D. *de usu et usufr. per leg. dat.* — Cf. *Westphal* § 802. — Caeter. vid. L. 14. C. *de usufr.* (coll. L. 6 pr. D. *de usufr.* — L. 4. D. *si usufr. pet.* (VII, 6.) — *E. Merillii* expos. in decis. Nr. XVI.—*Gluck* Pand. IX. p. 315 sqq.

5) L. 1. D. *h. t.* — L. 10. D. *de cap. min.* (IV, 5.) —L. 10. pr. in f. D. *de usu et hab.* (VII, 8.) —L. 2. D. *de usu et usufr. p. leg. dat.* — Neque contraria est L. 13. C. *de usufr.* (*verb.*: « ut non antecellat [habitatio] usumfructum. Vid. *Thibaut* civil. Abh. p. 21.—*Unterh.* II. p. 213. not. 658.)—Cf. et § 294. not. 6.

6) § 3. I. *de usufr.*—L. penult. § 2 C. *de usufr.*

7) L. ult. C. *de usufr.*

juris fructuario, quam aliis, quibus rerum alienarum restituendarum incumbat necessitas officiumque [8]).

TIT. IV. DE ACTIONIBUS SERVITUTUM PERSEQUENDARUM CAUSA COMPARATIS.

§ 296. I) *Petitoriae actiones* (*).

Actiones, quae ad jus servitutum spectant, vel ex causa constituendae servitutis, s. ex obligatione proficiscuntur, de quibus non est, quod hoc loco pluribus dicatur [1]); vel ex jure servitutis constitutae. Et in his quidem aliae petitoriae sunt; aliae possessoriae; quod utrumque actionum genus nec ad nominum nec ad fungibilium rerum usumfructum potest pertinere (§ 284. in f.). Sunt praeterea aliae, tiam actiones, item inservientes servitutum juri tuendo, nec ex priori illa causa descendentes [2]); de quibus tamen, cum similiter spectent ad plures jurium causas, velut dominii, infra (L. III. C. XII.) commodior erit dicendi locus. Jam vero petitoriae sunt actiones, quibus de ipso servitutis jure certatur; earumque item duplex est species, altera confessoria, ad jus servitutis vindicandum, altera negatoria, s. negativa, ad rei libertatem obtinendam [3]). 1) Confessoria igitur, quae est in rem actio [4]), is utitur, qui servitutem sibi debere intendit [5]) contra quemcunque, qui servitutis usum impediat [6]), ut actoris esse jus pronuntiet judex, tantique, quanti illius intersit, non esse impeditum vel turbatum usum, tum etiam ad cautionem de non prohibendo actori praestandam, reum condemnet [7]). Utiliter hac actione experiuntur etiam creditor pigneratitius, emphyteuta, superficiarius [8]); at vero fructuarius usumfructum vindicando idem consequetur [9]). Potest et Publiciana in rem actione uti, qui servitutem sibi asserit [10]). Nec quicquam interest, utrum in juris quasi possessione sit, qui agit, nec ne [11]). Semper autem actor de jure suo probare necesse habet [12]), cujus quidem probationis, certe in servitutum praediis cohaerentium vindicatione, pars necessaria haec est, quam legitimationem ad causam pragmatici vocant [13]). Et 2) domino quidem, iisque, qui habent jus in re [14]), adversus eos, qui servitutem sibi vindicant, data est negatoria actio, qua jus non esse

8) L. 15. pr. D. *de usufr.* (cf. supra § 286. in f. et § 288.).

§ 296.

(*) Dig. (VII, 6.) *si ususfructus petatur vel ad alium pertinere negetur.* — (VIII, 5.) *si servitus vindicetur vel ad al. pertin. neg.*

1) Vid. et L. 16. § 1. C. *de usufr.*

2) Dig. (XXXIX, 2.) *de O. N. N.* — (XXXIV, 2.) *de damno inf. et de suggrundiis et de protectionibus.*—(XXXIX, 3.) *de aqua et aquae pl. arc. act.* — (XLIII, 24.) *quod vi aut clam.*

3) L. 2. pr. D. *h. t.* (VIII, 5.)—§ 2. I. *de act.* — *C. F. Veltheim* actio confessoria et negatoria. Kil. 1822. (ed. 2.). — Cf. et *Theophilus* ad § 2. I. de *serv.* et *Fritz* ad *Wening.* II. p 364.

4) § 2. I. *de act.*—Cf. *G. A. W. Duroi* in Arch. f. civilist. Pr. VI. n. 14. § 8.

5) Cf. L. 6. § 4. D. *h. t.* (VIII, 5.).

6) L. 4. § 5. L. 9. L. 10. § 1. D. *h. t.* (VIII, 5.). — L. 5. § 1. D. *h. t.* (VII, 6.). — L. 1. § 25. in f. D. *de aq. quot. et aest.* (XLIII, 20.) — Cf. a) L. 4. § 4. D. *h. t.* (VIII, 5.). — b) L. fin. D. *h. t.* (VII, 6.).

7) L. 5. § 7. D. *h. t.* — (VII, 6.)—L. 4. § 2. L. 6. § 6. L. 7. D. *h. t.* (VIII, 5.). — L. 7. D. *de aq. quot.* (XLIII, 20.)—L. 5. C. *de servit.*

8) L. 16. D. *de servit.* — L. 3. § 3. L. 9. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.)—L. 1. § 9. *D. de superficieb.* (XLIII, 18.)

9) L. 1. pr. L. 5. § 1. D. *h. t.* (VII, 6.). — Atque in hunc sensum interpretanda etiam est L. un. § 4. D. *de remiss.* (XLIII, 25.) — Cf. *Galvan.* l. l. c. 36. — *Noodt* l. l. II, 15.

10) L. 11. § 1. D. *de Publ. in r. act.* (VI, 2.) — *Seuffert* Erörter. II. p. 67—69. (nr. 1.).

11) L. 5. § 7. D. *h. t.* (VII, 6.) — L. 6. § 1. L. 16. D. *h. t.* (VIII, 5.). — § 2. I. *de actionib.* — Cf. *Glück* Pand. X. p. 235. not. 66.

12) L. 9. C. *de serv.*

13) Cf. L. 2. § 1. L. 6. § 3. D. *h. t.* (VIII, 5.) — *Westphal* § 970. 71.

14) L. 4. § 7. D. *h. t.* (VIII, 5.) — L. 5. pr. D. *h. t.* (VII, 6.) — L. 1. in f. L. 2. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) —Arg. L. 16. D. *de servitut.*

adversario actor intendit, simulque petit, cum, ut id, quod interest, reus praestet, tum vero idonee caveat de non amplius turbando actoris dominio [15]). Ac similiter hac actione utitur, et qui non possidet, et qui velut in possessione est libertatis [16]). De ea vero quaestione, cuinam incumbat probandi onus; utrum is, qui negatoria utitur actione, de libertate, an is, qui convenitur, de servitute judicem edocere necesse habeat? acriter inter JCtos disputatur [17]). Et alii quidem ex possessione, sive juris sive libertatis, omnia pendere volunt, hoc pacto, ut semper probandi onus ad eum pertineat, qui non possidet, idque aut simpliciter [18]), aut ita certe, si jam in possessorio alter adversus alterum victoriam reportaverit [19]). Alii contra statuunt, ubique esse servitutem probandam [20]). Jam vero cum negatoria actio nihil sit, nisi species quaedam vindicationis rei, siquidem de laeso dominio queritur, qui ea utitur [21]), sequitur, ut partes suas rite impleverit actor, simulatque dominium rei ad se pertinere probavit, nec ipse de libertate, sed adversarius, qui quidem comminuendi dominii jus sibi asserit, de servitute judicem edocere necesse habeat, tum quoque, cum juris quasi possessio apud eum sit [22]). Nam quod potissimum contra dici solet: ejus esse probandi onus, qui rei conditionisve, uti nunc est, mutationem poscit (not. 18.), verissimum quidem est in his, de quibus nullo modo constat, neque vero usque adeo proferendum, ut dominus, qui jus suum ab aliorum usurpationibus vindicat, nisi omnia, quae natura ac lege dominio inesse solent, integra apud eum esse demonstret, cedere adversario cogatur.

§ 297. II) *Interdicta velut possessoria* (*).

Cum juris quasi possessio tribuatur iis, qui servitute utuntur (§ 279. not. 17.), consequens est, ut iidem etiam interdictis velut possessoriis jus suum defendere possint (not. 14.). Et 1) in praediorum quidem servitutibus recuperandae possessionis interdicta non dantur, quoniam juris non dejectio, sed tantum turbatio, seu potius usus prohibitio [1]), cogitari potest [2]); igitur non nisi retinendi

15) § 2. I. *de act.*—L. 5. § 6. D. *h. t.* (VII, 6.). — L. 12. L. 14. pr. D. *h. t.* (VIII, 5.).

16) L. 5. § 6. D. *h. t.* (VII, 6.) — L. 6. § 1. D. *h. t.* (VIII, 5.) — § 2. I. *de act.*

17) Largissimum scriptorum, qui superioribus seculis vixerunt, indicem exhibuit *Hufeland* Beitr. zur Bericht. u. Erweiterung der pos. R. W. St. IV. Nr. 10.

18) *A. D. Weber* Beitr. zu Kl. u. Einr. Nr. 16. — *J. A. Seuffert* civ. Erört. Nr. 1. et Erört. einzeln. Lehren II. Nr. XVI. p. 73 sqq.

19) *Glück* Pand. X. p. 254 sqq.

20) *Hufeland* Beitr. St. IV. Nr. 10.—*Zacharias* lib. Quaest. III, 16. — *N. Borst* über die Beweislast im Civilprocess p. 132 sqq. — *de Loehr* Magaz. III. p. 504 sq. (nr. 6). — *C. Albert* über den Besitz unkörperl. Sachen. (Leipz. 1826.) p. 203—228. (§ 167 — 181.). — *J. P. Esser* krit. Beleuchtung d. röm. Rechts üb. d. Beweislast bei den Servitutenklagen. Trier 1826. — *R. J. Vollsack* de onere probandi in actione negatoria. Lips. 1829. 4. — *J. E. A. de Rauschenplat* de onere probandi in negatoria act. Gott. 1830. 8. § 11. 12. — *Hollweg* vers. üb. die Theorie des Civilproz. p. 374 — *Heffter* zu *Weber* üb. Verbindl. zur Beweisführung. p. 234 sqq. not. 150. ed. p. 284. seq. Nr. 4.

21) *Puchta* Rhein. Mus. I. 3. p. 165 sqq. — *Id.* in ephemerid. jur. Erlang. VI. p. 62. in f. sq. (cf. supra § 272. not. 2.) — Dissent. *Durol* Arch. f. civ. Pr. p. 298.

22) Neque obstant L. 8. et L. 14. D. *de probat.* (XXII, 3.)—L. 7. § ult. D. *de lib. causa.* (XL, 12.) (quibus de principalis juris controversia ac probatione agitur); non magis, quam L. 8. § 3. D. *h. t.* VIII. 3. (qua non quaeritur: quid probandum sit, sed quis probationem suscipere debeat), aut L. 15. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.)—Cf. *J. N. Hertius* de quasi possessore probante S. II. § 2. (opp. Vol. I. T. III. p. 142 sq.). — *Hufeland* l. l. p. 63—68. et inprimis *Albert* l. l. § 171. 172. et *Goeschen* Grundriss. p. 205 sq. — Aliter h. l. intelligit *de Loehr* l. l. p. 511.

§ 297.

(*) *Savigny* Besitz Abschn. V. § 44 — 46. — *Durol* Arch. f. civil. Pr. VI. p. 281 sqq.

1) Vid. *Huschke* in epher. jur. Tub. T. II, p. 363. B.

juris locum habent interdicta. Quo in genere quaedam propriis suis legibus continentur, maxime ex illorum numero, quae servitutum, rusticis adhaerentium praediis nomine dantur, haec quidem : a) Int. de itinere actuque privato [3], ex eo potissimum pendens, quod novissimo anno per triginta ad minimum dies nec vi, nec clam, nec precario servitute usus sit actor [4], vel etiam is, a quo jus suum ille ducit [5]. b) Int. de itinere actuque privato reficiendo; cujus sunt propriae leges hae : ut et damni infecti nomine caveat actor, et simul de jure suo edoceat judicem [6], unde etiam rei persecutionem hoc interdictum continere dicitur [7]. c) Interdictum de aqua quotidiana et aestiva ducenda [8]; quo quidem nemo utetur, nisi qui et jus aquae ad se pertinere putet, et priori anno toto, aut per binas aestates priores, nec vi, nec clam, nec precario usus fuerit servitute [9]. d) Interdictum de rivis, aquaeductus reficiendi purgandique causa propositum [10]; in quo, licet de jure servitutis non quaeratur, at certe damni infecti cavere adversario necesse habet actor [11]. Hisque interdictis simile est e) int. de fonte, quod quidem spectat ad jus aquae hauriendae [12]. Praeterea etiam urbanorum praediorum causa singulare Praetor proposuit interdictum de cloacis, scil. reficiendis et purgandis; cujus haec est propria vis, ut, quoniam ad publicam utilitatem spectare videatur cloacarum refectio et purgatio, hoc interdicto agere ne is quidem prohibeatur, qui vi, clam aut precario, quamvis ab adversario, usus sit [13]. In reliquis igitur omnibus causis uti possidetis interdictum locum habet, non modo in negativis, tum habendi servitutibus [14], verum etiam in his, quae eo continentur, ut is, cui servitus debeatur, facere aliquid in fundo alieno, non adhibito opere manufacto, possit [15]. Jam vero 2) quod ad personae servitutes attinet, nullum peculiare earum nomine proditum est interdictum; igitur ea, quae rerum corporalium possessioni tuendae inserviunt, et recuperandae unde vi, et retinendae possessionis interdicta, in hujusmodi causas utiliter accommodantur [16], et praeterea etiam interdictum de aqua [17]. — Omnino autem omnium horum interdictorum utilitas eo cernitur, ut et possessionis causa defendatur, et damna data resarciantur [18]. Neque vero solum adversus dominum rei servientis locum habent interdicta, sed adversus quos-

2) L. 4. § 27. in f. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — *Savigny* § 46. p. 537. — *C. Albert* üb. den Besitz unkörperl. Sachen *etc.* Nr. 1. Darstellung des interdictum de itinere actuque privato. Leipz. 1826. — Cf. supra § 294. not. 9. et infra not. 15.

3) Dig. XLIII, 19. — L. 3. pr. L. 6. D. *h. t.* — (*Albert* p. 103.)

4) L. 1. § 2—4. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 1. § 9. *eod.* (Vid. *Albert* l. l. § 25. et *Savigny* p. 541.) — Cf. et L. 3. § 2. *eod.* — *Savigny* p. 543 sqq.

5) L. 3. § 6—10. L. 5. § 2. D. *h. t.* — *Albert* l. l. § 28. 29. — Unde explic. L. 2. § 3. (verb. : *ex hoc genere est*) D. *de interd.* (XLIII, 1.)— *Savigny* p. 541. — *Albert* § 142. in f.

6) L. 3. § 11 sqq. — L. 5. § 4. D. *h. t.*

7) L. 2. § 2. D. *de interd.*

8) Dig. XLIII, 20.

9) L. 1. § 10. 19. 29—36. L. 6. D. *h. t.*

10) Dig. XLIII, 21.

11) L. 1. § 9. L. 4. D. *h. t.* — (*Albert* l. l. § 149.) — L. 3. § 9. *eod.*

12) Dig. XLIII, 22.

13) Dig. XLIII, 23.

14) L. 8. § 5. D. *si serv. vind.* — *Savigny* § 46. p. 555. not. 1. — Cf. et L. 3. § 5. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) « Item videamus, si projecto supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum uti possidetis sit utile *alteri adversus alterum ?* » (i. e. num et dominus adversus eum, qui habet projectum, et is adversus dominum, uti queat interdicto ?) « Et est apud Cassium relatum, *utrique esse inutile*, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem. » (i. e. ad neutrum posse pertinere interdictum, quoniam alteri corporis, alteri juris possessio imperturbata sit ; cf. context. in *t.* h. § et supra § 243. not. 8.).

15) Arg. L. 20. in f. D. *de serv.* — Cf. *Thibaut* Arch. *f.* civilist. Pr. I. p. 111 — 116. — Dissent. *Savigny* l. l. p. 538. — *Albert* l. l. p. 250. not. 5. — Latius etiam progreditur *de Rauschenplat* D. de onere probandi in negat. act. § 8. 9.

16) L. 3. § 13—17. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — Caeter. vid. *Savigny* § 45. in f.

17) L. 1. § 12. D. *de aqua quot.* — Cf. *Savigny* p. 547. not. 1.

18) L. 1. pr. L. 3. § 3. D. *de it. actuq. priv.* — L. 1. § 11. *eod.*—L. 1. pr. § 23. 27. D. *de aq. quot.* —L. 60. pr. D. *de usufr.*—L. 3. § 17. L. 9. § 1. D. *de vi.*

cunque, qui servitutis usum impediunt, nec quicquam interest, utrum ad se ipsi eandem dicant pertinere juris possessionem, nec ne [19]). Ipse autem dominus rei, quae servit, similiter ad rei libertatem tuendam retinendae possessionis interdictis utitur [20]), dummodo ab adversario rei ipsius possessionem esse laesam vere dici possit; sin secus est, ad alias domino confugiendum erit actiones [21]).

CAPUT V.

DE JURE EMPHYTEUTICO ET SUPERFICIARIO.

§ 298. I) *Emphyteuticum jus* (*). A) *Ejus notio et indoles.*

Juris emphyteutici origo a praediis vectigalibus [1]), tamquam a fonte repetenda est. Nam cum primo publica praedia utenda fruenda relinquerentur privatis, qui etiam in rem actionibus jus suum persequerentur, ea tamen lege, ut certum velut locatoribus penderent vectigal [2]); idem postea et in patrimonialibus imperatorum et in ecclesiarum privatorumque fundis obtinuit jus [3]), atque in emphyteutici juris nomen pedetentim coepit transire [4]). Et quoniam de eo, utrum ad emtionem potius an ad locationem conductionem referenda sit conventio de emphyteusi constituenda, propter ambiguam ejus formam [5]), dubitabatur, constitutum est a Zenone imp., ex neutra illarum judicari debere, sed propriis suis legibus stare istiusmodi conventionem [6]). Habet igitur emphyteuta jus plerumque perpetuum [7]) idque dominio proximum [8]), re aliena eaque immobili [9]) utendi

19) L. 5. § 5. D. *de itin.* — L. 1. § 25. 26. D. *de aqua.* — L. 4. D. *uti possid.* (XLIII, 17.)

20) L. 3. § 2. D. *uti possid.* — Cf. supra § 243. not 9.

21) Cf. § 243. not. 8. et explicatio L. 3. § 5. D. *uti possid.* not. 14. huj. § ibi.

§ 298.

(*) Dig. (VI, 3.) *Si ager vectigalis*, i. e. *emphyteuticarius*, *petatur.* — Cod. (IV, 66.) *de jure emphyteutico.* — *Elb. Leonini* praelect. in tit. C. de j. emph. (in *Ottonis* thes. V. p. 655. sqq.). — *P. Buleux* D. de emphyteusi. Lugd. Bat. 1752. — *G.S. Madihn* (resp. *Riediger*) de vera indole agrorum vectigalium. Frcf. 1775. — *J. P. de Dampierre de Joncquières* Diss. de emphyteusi. Lugd. Batav. 1794. 8. — *Merlin* Répertoire voc. cens et emphytéose. — *v. Buchholtz* jur. Abh. Nr. XXV. — *Buchel* über jura in re. (Marburg. 1834.) p. 22 sqq.

1) Cf. *Madihn* c. l. § 3. — *Savigny* Besitz § 9. p. 99. sqq. — *Hugo* R. G. ed. X. p. 457. et 458. not. 3. — *Hufeland* Geist d. R. R. II. Nr. 8. p. 60. — *F. W. v. Tigerstroem* üb. das frühere Verhältniss des Rechts am ager vectigalis. Greifsw. 1828.

2) L. 1. D. *h. t.*

3) *Savigny* l. l. p. 100 sq. — Cf. Arch. f. civ. Pr. VI. p. 388. sq. — *v. Tigerstroem* l. l p. 22 — 30.

4) Vid. Rubr. Tit. Dig. — L. 15. § 1. D. *qui satisd. cog.* (II, 8.) — L. 3. § 4. D. *de reb. eor., qui sub. tut.* (XXVII, 9.) — *Alciati* parerg. I, 36. — *Brisson.* s. *Heinecc.* V. *embateytikon.* — *Tigerstroem* l. l. p. 31. 32.

5) Cf. *Theophili* paraphr. ad § 3. I. *de loc. et cond.* — *A Costa* et *Marcilius* ad eand. § — *Büchel* l. l. p. 28 — 38.

6) L. 1. C. *h. t.* — § 3. I. *de loc. et cond.*

7) § 3. I. *de loc. et cond.* — (*Gaji* inst. III. § 145.) — L. 1. D. *h. t.* — At vid. L. 3. D. *h. t.* et Nov. 120. c. 6. § 1. — Cf. *Vinnius* ad § 3. I. de loc. nr. 2. in f. et nr. 3.

8) Vid. enim a) L. 25. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.) — b) L. 23. § 1. D. *de aq. pl. arc. act.* (XXXIX, 3.) (coll. L. 3. in f. eod.). — c) L. 5. § 2. 3. D. *arbor. furt. caesar.* (XLVII, 7.) — d) L. 15. §. 1. D. *qui satisd. cog.* (II, 8.) — At nihilo tamen secius non nisi jus in re habet emphyteuta. — Cf. L. 1. § 1. D. *h. t.* — L. 3. § 4. D. *de reb. eor.* rel. (XXVII, 9.) — L. 71. § 5. 6. D. *de leg.* I. — Unde etiam dominium semper opponitur juri emphyteuticario. T. T. C. *de j. emphyt.* — *Madihn* l. l. c. II. — *Thibaut* civ. Abh. nr. XI. — *Stever* de serv. praed. c. I. § 3. — *Unterholzner* ausf. Verjähr. L. II. p. 243 sqq. Nr. I. — Neque contrariae sunt L. 4. et L. 12. C. *de fund. patrim.* (XI, 61.) — L. 5. C. *de div. praed. urb.* (XI, 69.) similesque. Vid. *Thibaut* l. l. p. 271 sqq. — *Savigny.* l. l. p. 102. sq. ibiq. not. — At plerique recentiorum dominium utile tribuunt emphyteutae. Vid. v. c. *Gluck* Pand. VIII. p. 386 sqq. — *Durol* Arch. f. civ. Pr. VI. p. 386 — 399. — Mediam quandam sententiam tuetur *Hufeland* l. l. p. 71 sqq. — Cf. et *Galvanus* de usufr. c. 27. nr. 5. — *Tigerstroem* p. 34 sqq. et inprimis *Büchel* p. 39 — 43.

9) Nec agri solum, verum etiam aedes emphyteuticο juri subjici possunt. L. 15. § 26. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) — Nov. 7. c. 3. § 2. — Cf. Nov. 120 c. 1. § 2. — *v. Buchholtz* l. l. p. 306 — 309. — Dissent. *H. Donellus* comment. j. civ. IX, 13. § 11.

fruendi, eandemque et possidendi, et vindicandi, nec non certis modis de illa statuendi, hac quidem lege, cum ut annuum domino solvat canonem, tum vero omnem rei servandae colendaeque adhibeat curam atque diligentiam.

§ 299. B) *Emphyteutae jura.*

1) Pertinent ad emphyteutam fructus praedii, utique omnes; et naturales quidem simul ut a solo separati sunt [1]. At thesaurum, velut dominii et accessionis jure, suum facere nequit [2]. 2) Rei innovandae faciemve ejus mutandae emphyteuta utique habet facultatem, dummodo deteriorem eam non faciat [3]. 3) Jus suum et ad heredes transmittere ab intestato [4], et omnibus modis alienare potest, cum inter vivos, tum testamento [5], ita tamen, ut in venditionibus faciendis rem prius ad dominum deferat, qui, si velit, tantundem intra duorum mensium spatium offerendo, quantum alius offerat, rem sibi comparare potest [6]. Praeterea 4) onera rei jure imponit, dummodo tali eam no noneret servitute, quae ipsius rei integritatem conficiat usu atque consumat [7]. Quodsi ex lege constitutionis ad dominum res reversa sit, sponte exstinguuntur jura, aliorum in commodum rei imposita [8]. Denique emphyteuta 5) ad jus suum tuendum defendendumque actionibus quoque et exceptionibus utitur, praeter eas, quae ex constituendi juris descendunt causis [9], et in rem [10], et possessoriis interdictis [11], aliisque, quae etiam domino, si ipse possideret, fuissent competiturae [12].

§ 300. C) *Emphyteutae obligationes, nec non domini jura.*

1) Emphyteuta rem recte atque ordine colere eoque nomine omnem praestare culpam necesse habet [1]; ut meliorem eam faciat, cogi non potest [2]. Prae-

§ 299.

1) L. 25. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.) — Vid. § 254. not. 2.

2) Arg. L. 7. § 12. in f. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — (Cf. § 247. not. 2.) — Dissentiunt, praeter eos, qui dominium utile tribuunt emphyteutae, alii quoque, velut *Buteux* l. l. cap. III. — *Schweppe* jur. Mag. I. Nr. 10. E.

3) Nov. 7. c. 3. § 2. — *Hofacker* pr. j. R. G. II. § 1042.

4) § 3. l. *loc.* — Nec solum secularis emphyteusis, verum etiam ecclesiastica, dummodo non ad tempus duntaxat constituta sit, simpliciter transmittitur ad heredes; scil. rursus sublata hujus rei prohibitione, quam aliquando sancivit Justinianus. Cf. inter se Nov. 7. c. 3. pr. et Nov. 120. c. 6. § 1. — *Thibaut* log. Ausleg. (ed. 2.) p. 66.

5) § 3. l. *loc.* — L. 3. C. *h. t.* — L. 1. C. *de fund. patrim.* (XI, 16.) — L. 71. § 5. 6. D. *de leg.* I. — L. 10. D. *fam. erc.* (X, 2.) — Caeter. vid. L. 7. pr. D. *comm. div.* (X, 3.) — Cf. *Glück* Pand. VIII. p. 405 sqq.

6) L. 3. C. *h. t.* — Sunt, qui in aliis quoque alienationibus idem esse observandum censeant. Contra quos vid. *Glück* VIII. § 607. — Nec vero simpliciter repugnandi alienationib. faciendis jus est domino. Vid. *eund.* § 615. init.

7) L. 1. in f. D. *quib. mod. ususfr. am.* (VII, 4.) — L. 16. § 2. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — Cf. *Thibaut* Vers. II, 15. nr. 1. — Dissent. *v. Buchholtz* Vers. p. 199 sq.

8) L. 31. D. *de pign.* (XX, 1.) — Cf. § 271. not. 9.

9) *v. Wening.* Lehrb. d. Civ. R. Bd. I. Buch II. § 112.

10) L. 1. § 1. D. *h. t.* — L. 12. § 2. D. *de Publ. in r. act.* (VI, 2.) (cf. et § 298. not. 8. d.). — L. 16. D. *de serv.* (§ 296. not. 8.).

11) Vid. supra § 237. not. 4. — (Cf. *de Schroeter* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. p. 237 sqq. nr. I.) Uti etiam *interdicto de loco publico fruendo* emphyteuta potest; de quo vid. L. 1. D. *de loco publ. fr.* (XLIII, 9.) — *Savigny* l. i. § 47. p. 557. not. 1. C. — Caeterum interdictum nullum praeter unum illud de l. publ. fr. ad emphyteutam pertinere posse, adversus Savignium contendit *Tigerstroem* l. l. p. 37 — 48. et ibi inprimis not. 105. et 110.

12) Arg. L. 3. § 3. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) — L. 13. § 8. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) — L. 11. § 14. D. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.)

§ 300.

1) Nov. 7. c. 3. § 2.

2) Igitur in restitutione rei facienda petere plerumque potest, ut impensae, quibus melior fundus factus est, ei reddantur. Arg. c. 2. C. *h. t.* — Nov. 7. c. 3. — Nov. 120. c. 8. — *v. Buchholtz* Vers. p. 101 sqq. — Dissentiunt scriptores tantum non omnes. Sed vid. *Hufeland* l. l. p. 66 sqq.

terea canonem domino solvere debet talem, qualis fundo in constituendo jure emphyteutico impositus est [3]), hoc pacto, ut nec augeatur canon propter fundi incrementum, nec minuatur ideo, quod juris utilitas propter ipsius fundi decrementum minuatur [4]). Quodsi vero propter sterilitatem id fiat, remissionem canonis jure petit emphyteuta [5]). Denique ad emphyteutam etiam onera pertinent, quae publico jure rei imposita sunt [6]). II) Domini autem jura aut ex dominio aut ex illo ipso jure emphyteutico repetenda sunt. Vi ac potestate dominii et omnem ex re utilitatem percipit, quae quidem tribui emphyteutae nequeat, et, e medio sublato emphyteutico jure, praedium, tamquam ipso jure sibi delatum, rursus recipit (§ seq. not. 9. 10.), tum etiam ab extraneo ejus possessore vindicat [7]). Ex emphyteutico jure haec potissimum manarunt domini jura: primum, ut in emendo praedio potior habeatur dominus (§ 299. not. 6.); deinde, ut alienatione facta praedii, quinquagesima pars pretii, laudemium vocant [8]), domino inferenda sit [9]) ab eo, qui in jus emphyteutae succedit [10]), dummodo jure valeat alienatio [11]). Denique, ut propter insignem emphyteutae negligentiam jus ad se revocare queat dominus (§ seq. not. 13 sqq.).

§ 301. D) *Jus emphyteuticum quomodo et constituatur et amittatur.*

I) Tria sunt, unde juris emphyteuticarii causa repeti solet: contractus [1]), testamentum, longi temporis possessio. Et 1) contractus quidem scriptis fieri debet, quoties aut ecclesiasticum praedium datur in emphyteusin [2]), aut ab iis receditur, quae natura insunt emphyteutico juri [3]); quod si alio modo contrahitur, praeter consensum quoquo modo declaratum nihil requiritur [4]). Semper autem, ut jus in re efficiatur, traditio, aut quod instar est traditionis, usus juris dominique patientia, conventioni accedat necesse est [5]). 2) De testamentaria

3) L. 1. pr. L. 2. D. *h. t.* — Plurium ejusdem praedii emphyteuticarii sociorum solidaria est ad canonem praestandum obligatio. Arg. L. 7. pr. D. *comm. div.* (X, 3.)

4) Arg. L. 3. C. *de alluvion.* (VII, 4.) — L. 1. C. *h. t.* — Cf. in hanc et seq. not. *Hofacker* T. II. § 1048.

5) L. 15. § 4. D. *loc.* (XIX, 2.)—Basilicor. auctor T. II. p. 421. — Cf. *Gesterding* Eigenthumsrecht p. 462 sqq.—Caet. vid. L. 1. in f. C. *h. t.*—Dissentiunt, *Costam* secuti, *Westphal* Kauf etc. § 975. et *Glück* VIII. p. 417. not. 45. — Caeter. vid. et *Thibaut* Vers. II, 15. nr. III. (ed. 2.) p. 273 sqq.). — *Buchel* l. l. p. 38. not. 1. — *Fritz* ad *Wening* II. p. 401.

6) L. 2. C. *h. t.*

7) Vid. § 245. nr. 2—4. § 247. not. 2.

8) Cf. *Glück* VIII. p. 481 sq.

9) L. 3. C. *h. t.* — *Leyser* med. ad Pand. sp. 104. m. 7. — Caeter. observ. a) iis, qui jure hereditario, eoque universali, succedant emphyteutae, canonis solvendi necessitatem non incumbere. Vid. varias variorum hac de re sententias in *Glückii* Pand. VIII. § 613.— b) « Mutato emphyteuseos dominio laudemium non deberi. » — *Leyser* sp. laud. m. 3.

10) *Glück* l. l. p. 479. — Praeterea a fundorum patrimonialium et reipublicae possessoribus etiam cautio praestanda est L. 7. C. *de fund. patrimonial.* (XI, 61.)

11) Vid. quae cum de hac re tum de similib. quaestionib. latius pertractata sunt et a *Voetio* (ad h. l. § 31 — 35.) et a *Gluckio* (l. l. § 614.). — Cf. et *Thibaut* Pand. § 632. E.

§ 301.

1) Vid. § 298. not. 5. 6. — *Marezoll* in Zeitschrift für Civilr. u. Process II. Nr. XI. p. 350 sqq.

2) Nov. 120. c. 5. pr. et c. 6. § 2. — Dissent. *Leyser* sp. 459. m. 5. — *Buteux* l. l. (cf. infra not. 10.).

3) L. 1. C. *h. t.* (« — quae — — super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint » —). *Marezoll* l. l. p. 362 sqq. — Caeter. cf. *Glück* VIII. p. 461 sq.

4) Nam in eorum contractuum numero est, qui consensu perficiuntur. Contrariam quidem sententiam multi tuentur, propter verba: « pactionibus scriptura interveniente habitis », et similia, quae leguntur L. 1. 2. C. *h. t.* — Sed vid. not. 3. et *Marezoll* l. l. p. 373. nr. 2.

5) Idque cum ex hujus juris origine repeti potest (cf. *Tigerstroem* l. l. p. 13. in f. sq.), tum vero ex eo, quod vectigalis agri possessor et alioquin similis est ei, qui cum animo domini rem possidet (L. 25. § 1. D. *de usur.* XXII, 1.) Praeterea rei possessio a juris emphyteuticarii natura separari non posse videtur; vid. *Tigestroem* l. l. p. 39.—Cf. et *Vinn.* ad § 3. I. *de loc.* nr. 4.— Dissent. *Duroi* Archiv f. civ. Praxis VI. p. 397. — *de Schroeter* Zeitschr. für Civilr. u. Process. II p. 243.

autem constituendi causa nihil est, quod propius definiatur [5a]). Denique 3) longi temporis possessione per se quidem fieri potest, ut emphyteusis constituatur, idque duobus potissimum modis [6]) : aut ita, ut dominium acquiratur adversus verum dominum, tamquam emphyteutam; aut ita, ut jus in re, i. e. emphyteuticum, constituatur adversus dominum rei. At neutro modo ex juris quidem romani praeceptis emphyteusin constitui posse, verius esse videtur [7]). Nam prius illud minime eo efficitur, quod coloni s. emphyteutae cum, cui per longum tempus canon praestitus est, tamquam verum dominum terrae interim agnoscere necesse habent, donec de eo judicetur [8]). Nec magis possessoribus emphyteuticum jus longo tempore quaeri potest. Non licet Publiciana in rem actio ei detur, cui bona fide accipienti ager vectigalis traditus sit, eundem tamen usucapi haud licuit [9]). Praeterea cum omnis praescriptio ex singulari jure proficiscatur, nisi consentiente aut lege aut consuetudine concedi non potest [10]).

II) Pluribus autem modis exstinguitur jus, his vel maxime [11]) : 1) Totius praedii interitu [12]); 2) emphyteutae, nullis quidem heredibus relictis, morte [13]); 3) remissione juris, quae etiam tacite fieri potest rei derelictione [14]); 4) praescriptione, cujus item plures excogitari solent formae [15]); denique 5) juris privatione ea, quae poenae nomine sit, si quidem emphyteuta aut culpa sua rem deteriorem fecit [16]), aut nulla ad dominum facta nuntiatione rem vendidit [17]), aut toto triennio vel non praestitit canonem, vel tributa non solvit [18]). Quibus in causis, licet moram purgare nequeat emphyteuta [19]), tamen ipso jure privari eum jure suo, vere dici non potest [20]), siquidem domino, expellere volenti emphyteutam, id per judicem facere tantum permittitur [21]).

5a) Cael. vid. *Buchholtz* l. l. p. 313.

6) Vid. *Glück* VIII. p. 470 sqq.

7) Dissent. cum plerisque *Glück* l. l. § 609. p. 466 sqq. — *v. Schroeter* l. l. p. 240 in f. — et vide *Unterholzner* not. 8. et 10 laudat. et *Büchel* l. l. p. 52 sq.

8) Cf. *Unterholzner* ausf. Verj. Lehre II. p. 255. Nr. III. et p. 297. Nr. II. (Caet. vid. *Fritz* ad *Wening* p. 327. et 403.) — Nullo modo huc referenda L. 20. C. *de agricol. et censit. et colon.* (XI, 47.) — *Unterholzner* l. l. p. 297. Nr. II.

9) L. 12. § 2. D. *de Publ. in r. act.* (VI, 2.) — (cf. Rhein. Mus. I. p. 114. et ibi not. 50.). — *Zimmern* in *ejus* et *Neustetelii* Abh. p. 127 sq.

10) Vid. *Unterh.* l. l. § 239. (Dissentire videtur *de Schroeter* l. l. p. 240. in f.) — At frustra *Unterholznerus* ad sententiam alioquin rectam confirmandam provocat ad L. 15. § 26. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.); quippe quae non agri vectigalis, sed ipsius dominii prohibeat longo tempore capionem. — Caeterum cum hac quaestione alia non est commiscenda, qua quaeritur: annon juris jam constituideturpraescriptio, scil. translatione emphyteusis ad eum facta, qui bona fide rem accepit; de qua vid. *Unterh.* l. l. § 240.

11) Nam aliis praeterea modis exstinguitur jus v. c. resoluto jure constituentis (§ 271. not. 9.), tum etiam diei vel conditionis, ad quam constitutum est jus, eventu (L. 3. D. *h. t.*). Et vix est, quod admoneamus, confusione quacunque emphyteuticum jus, sicut servitutum, exstingui.

12) L. 1. in f. C. *h. t.*

13) Caeterum, si ex pluribus heredibus alter in commodum alterius jure suo cessit, tamen nihilominus et is, qui cessit, et qui ab eo descendunt, postea jure successionis ab intestato ad eos delato, dominum excludere possunt, quia semper renuntiationes strictissimae sunt interpretationis (§ 119. Nr. II.) At aliter alii hac de re sentiunt. Cf. *Glück* § 616. p. 522 sqq.

14) Arg. L. 29. C. *de pact.* (II, 3.) — Except. habet L. 3. C. *de fund. patrimon.* (XI, 61.) — Caeterum de ista quoque quaestione varie statuunt interpp. Vid. *Glück* § 616. p. 530 sqq. ibique laudd. scriptor.

15) Vid. *Glück* § 616 p. 548. et cf. *Gesterding* l. l. p. 442 sqq. — Cf. *Unterh.* l. l. § 241. — Caeterum nihil huc facit L. 15. § 27. D. *de damno inf.* — *Unterh.* p. 258.

16) Scil. extensiva, quam quidem pragmatici tuentur, adhibita interpretatione. Nov. 7. c. 3. § 2. — Nov. 120. c. 8. — Cf. *Thibaut* Vers II, 15. nr. 2.

17) L. 3. C. *h. t.* — Cf. *Glück* l. l. p. 475.

18) L. 2. C. *h. t.* — Quod si ecclesiasticum est praedium, jam intra biennium non soluto canone amittitur jus Nov. 7. c. 3. § 2. — Nov. 120. c. 8. — (Cf. *Leyser* sp. 103. m. 5.) — Except. vid. apud *Westenb.* pr. jur. Dig. h. t. § 31.

19) L. 2. C. *h. t.* — Nov. 7. c. 3. § 2. (Caeter. vid. c. 4. X. *de loc. et cond.* III, 18. et ad h. l. *Glück* l. l. p. 438 sq.) — Nec adeo dominus, accipiens canonem post moram in eodem solvendo admissam, juri suo renuntiasse videri potest, quando quidem et recepto praedio, nihilominus praeteriti temporis canonem petere potest. Dissent. *Vinnius* sel. jur. qu. II, 3. — Cf. et *Eichhorn* deutsches Privatr. § 265. not. e. (ed. 2.)

20) Quod quidem a plerisque fieri videmus, iis quoque, qui alioquin recte hac de re sentiunt. v. c. a *Westenbergio* (l. l. § 28.), nec non a *Glückio* (§ 616. p. 545 sq.).

21) L. 2. C. *h. t.* « — *volenti ei licere eum a*

§ 302. II) *De superficiebus* (*).

Superficies s. superficium est, quidquid solo cohaeret, sive id aedes sint, sive ex alio genere res [1]). Jam vero eorum, quae, licet consentiente domino, ita in alieno habemus posita, ut cohaereant solo, proprietas ejus est, cujus et solum [2]). Potest tamen ei, qui dominus non est, jus esse in ipsa superficie, sive in privato sive in publico solo posita [3]), idque differens a servitutum jure, cum eo, quod nec personae alicui cohaereat nec praedio, tum vero majore juris ambitu, quippe quod proxime accedat ad dominium [4]). Superficiarius igitur et ipsius quidem superficiei habet usumfructum [5]), et jus ad heredes transmittit [6]), tum etiam arbitrio suo omnibus modis recte de eo constituit [7]), eidemque servitutes aliaque onera imponit [8]), tamdiu valitura, quoad suo statu maneat superficies. Itemque actionibus jus suum persequitur, et ex obligationis causa descendentibus [9]), et in rem utilibus [10]) aliisque, quae dominis juris sui tuendi causa comparatae sunt [11]); denique peculiari utitur interdicto, quod de superficiebus proposuit Praetor [12]). Contra vero superficiaribus tributa rei imposita solvere necesse habet [13]), tum etiam, si quod solarium ex constitutionis lege praestandum est domino [14]). At dominio suo ipse etiam dominus utetur, eatenus quidem, quatenus non impeditur superficiarii jure [15]). Caeterum jus in superficie constituitur conventionibus, cum iis, quibus et dominium transfertur, tum vero maxime locationis conductionis forma [16]). Addunt plerumque etiam testamentum

praediis emphyteuticarii repellere.» — Cf. supra § 134.

§ 302.

*) Dig. (XLIII, 18.) *de superficiebus*. — *J. N. Hertii* D. de jure superficiario (opp. Vol. I. T. III. p. 221 sqq.).—v. *Buchholtz* jur. Abh. Nr. XXV.— *Büchel* über jura in re p. 57 sqq. Nr. IV.—*Toullier* le droit civil français. T. III. Nr. 103.

1) L. 13. pr. *de S. P. R.* (VIII, 3.) — Nihil igitur causae est, cur in aedibus tantum dicamus locum habere jus superficiei, de quo hic quaeritur.—*Hofacker* princ. jur. R. G. P. II. § 1070.—At vero dissentiunt tantum non omnes.

2) L. 2. D. *h. t.*

3) L. 2. § 18. D. *ne quid in loco publ.* (XLIII, 8.) — L. 32. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)

4) Igitur superficiei proprietas ad eum non pertinet. Vid. not. 2. et L. 1. § 1. 3 — 5. D. *h. t.* — L. 86. § 4. D. *de leg.* I. «Valet legatum, si superficies legata sit ei, cujus in solo fuerit, licet is dominus soli sit: nam consequetur, *ut hac servitute liberetur*, et superficiem lucri faciat.» *Savigny* Besitz § 9. p. 98. nr. 4. § 23. p. 292. not. 1. § 47.—*Loehr* Magaz. III. p. 487. not. 1.— *Unterh.* ausf. Verj. Lehre p. 246. not. 685. — *de Schroeter* Zeitschr. f. Civilr. u. Process. II. p. 245 sq. — At utile dominium superficiario post alios etiam tribuunt *Heise* Grundr. (ed. 3.) p. 54. not. 1. et *Duroi* (Archiv f. civ. Praxis VI, 386 — 399.), qui etiam provocat ad L. 9. § 4. D. *de damno inf.* («si solum sit alterius, *superficies alterius*»). Sed vid. v. c. L. 22. D. *de usufr.* «in quo *ususfructus alterius est* —».

5) L. 1. § 6. D. *h. t.*

6) L. 10. D. *fam ercisc.* (X, 2.) — L. 39. § 5. D. *de leg.* I.

7) L. 1. § 7. 8. D. *h. t.*

8) L. 1. § 6. 9. D. *h. t.* — L. 1. pr. D. *quib. m. ususfr. am.* (VII, 4.) — L. 16. § 2. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — L. 12. § 3. D. *de pign.* (XX, 1.) — Caet. vid. *v. Buchholtz* jurist. Abh. p. 316.

9) L. 1. § 1. D et 5. D. *h. t.*

10) L. 73. in f. L. 74. L. 75. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 1. § 1. in f. § 3. 6. 8. D. *h. t.* — L. 12. § 3. D. *de Publ. in r. act.* (VI, 2.)

11) L. 3. § 3. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.) — L. 13. § 8. L. 39. § 2. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) — L. 1. § 9. D. *h t.* — L. 1. § 5. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — Cf. *Büchel* l. l. p. 67 sqq.

12) L. 1. pr. § 1. 2. D. *h. t.* — L. 3. § 7. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) — *Savigny* Besitz § 47. — Caeterum quod ad naturam attinet hujus possessionis, a Savignio dissentiunt *Unterh.* l. l. p. 246 sqq. — *Huschke* in ephemerid. jurid. Tub. T. II. p. 353. in f. seq. — *de Schroeter* l. l. p. 244 sqq. (Nr. II.) — *Büchel* l. l. p. 65 sq.

13) Arg. L. 7. § 2. D. *de usufr.* et L. 39. § 5. D. *de leg.* I. — Bf. *Hert.* l. l. S. I. § 17.

14) L. 2. § 17. D. *ne quid in loco publ.* (XLIII, 8.) — L. 15. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) — Vid. et L. 74. D. *de R. V.* (VI, 1.) — Cf. *Hert.* l. l. S. II.

15) L. 1. § 4. D. *h. t.* — L. 3. § 7. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) — *Savigny* l. l. § 23. p. 247 sq.

16) L. 1. et 7. L. 2. D. *h. t.* — Vid. et L. 1. § 3. D. *h. t.* « — ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et saoe causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competit.» — Cf. *v. Buchholtz* l. l. p. 318 — 320, sed et *Buchel* l. l. p. 63 — 65.

et praescriptionem [17]), tamquam communes jurium in re constituendorum formas [18]). Amittendi vero hujus juris causae propriae nullae definitae sunt [19]).

CAPUT VI.

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS.

Fr. Balduini comment. de pignorib. et hypothecis (Jurisprudentia Rom. et Att. T. I. p. 253—322.).— *M. Merlinus* Tr. de pignorib. et hypothecis. (Genev.) 1650. fol.—*R. Bachovii Echtii* Tr. de pignor. et hyp. Frcf. 1656. 4. — *E. C. Westphal* systemat. Erläut. d. Röm. Ges. vom Pfandrechte, Ed. I. Leipz. 1770. Ed. II. ib. 1791. — *J. H. C. Erxleben* principia de jure pignor. et hypothecarum. Gott. 1779. 8. — *F. C. Gesterding* die Lehre vom Pfandrecht, nach Grunds. des R. R. Greifsw. 1816. 8. — *C. P. H. Thierbach* (praeside *J. G. Müllero*) historia juris civilis de pignorib. S. 1. Lips. 1814. 4. — *K. Büchel* über die Natur des Pfandrechts et subtit: civilrechtliche Erörterungen II. Marb. 1833.— *C. F. F. Sintenis* pfandrechtliche Streitfragen. 1. Zerbst. 1835.

TIT. I. DE PIGNORIS NATURA ET INDOLE GENERATIM EXPONITUR.

§ 303. I) *Pignoris notio et conditiones necessariae* (*).

Pignus proprie dicitur rei obligatio [1]), s. jus in re aliena [2]), creditori, ejus, quod sibi debetur servandi causa, constitutum [3]). Praeterea etiam significat alias pignoris obligationem [4]), alias rem ipsam, quae pignori datur [5]). Nonnunquam autem pignus, ut quidem prae caeteris vocatur, sejungitur ab hypotheca, hoc pacto, ut pignus sit, quod creditori possidendum traditur, contra vero hypotheca, cum res ita supponitur pignori, ut possessio ejus remaneat apud debitorem [6]). Et inter utrumque, quamvis non nisi nominis sonum differre praecipiatur [7]), tamen nonnullae et sunt differentiae [8]), et plures etiam olim fuere [9]). Omnino autem ut jus pignoris sit, haec in unum concurrant necesse est: et debitoris obligatio, cui pignus accedat, et res, quae pignerationem recipiat, et

17) Arg. L. 12. § 3. D. *de Publ. in r. act.* (VI, 2.) — At vid. L. 26. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — tum vero, quae de jure emphyteutico per longum tempus non quaerendo supra (§ 301. not. 9. et 10.) allata sunt, quippe quae huncquoque in locum apte conveniant.—Cf. *v. Buchholtz* l. l. p. 321 sq. — *Buchel* l. l. p. 68 sq.

18) Cf. *Hert.* l. 1. S. 1. § 9 — 11.— *Gesterding* Eigenth. p. 445 sq.

19) Cf. *Wening* Lehrb. l. l. § 124. et *Gesterd.* Eigenth p. 451 sq.

§ 303.

(*) Dig. (XX, 1.) et Cod. (VIII, 14.) *de pignorib. et hypothecis.*

1) Vid. v. c. L. 6. D. *h. t.* — L. 30. § 2. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.)— *Auctoris* Cession p. 12. sqq. et imprimis ibid. not. 20. (ed. 3.) — *Buchel* l. l. p. 1 sqq.

2) L. 45. pr. D. *de reg. jur.*— L. 29. D. *de pign. act.*—L. 30. in f. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.)— Caeter. vid. infra § 305. not. 11.

3) Cf. infra § 317.—Caeterum cum pignoris jure commisceri non debet jus retinendae rei alienae, quamvis nonnunquam: quasi pignoris loco esse rem, similibusque verborum formulis, ad retentionem rei significandam utantur juris nostri auctores. Vid. v. c. L. 13. § 8. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) —L. 31. § 8. D. *de aedil. edict.* (XXI, 1.) —L. 15. § 2. D. *de furt.* (XLVII, 2.)— Cf. *Gesterding* § 1. in f.— *Auctoris* Cession p. 346 sqq. (ed. 3.)

4) L. 1. § 4. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 5. § 2. D. *commod.* (XIII, 6.)

5) V. c. L. 13. § 6. in f. D. *de pign. act.* (XIII, 7.)—L. 9. pr. D. *de min.* (IV, 4.) — L. 74. § 1. D. *de evict.* (XXI, 2.)

6) § 7. I. *de actionib.* — L. 9. § 2. L. 35. § 1. D. *de pign. act.* — Cf. de pignoris etymologia s. notatione verbi L. 238. § 2. D. *de V. S.* — Vid. *Menagii* amoen. jur. civ. c. 39. v. *pignus.*

7) L. 5. § 1. D. *h. t.*—Cf. *J. H. Boehmer* exerc. ad Pand. III. Nr. 58. p. 802 sqq.

8) Vid. a) § 4. I. *quib. m. re contr. obl.* — Cf. *Noodt* ad Dig. tit. *de pign. act.* § 1. in f. et obs. (I, 7.) — b) L. 15. pr. *h. t.* — c) infra § 320. — Cf. et *Gaupp* D. de nominis pign. p. 31.

9) a) Cf. § 7. I. *de act.* verb.: «maxime si mobilis sit», cum L. 11. § 1. et 2.—L. 31. D. *h. t.* similibusque locis.—b) Infra § 307. not. 1.

factum interveniens ejusmodi, quo jus ipsum pignoris efficiatur. At de utroque priori hoc etiam loco separatim erit exponendum.

§ 304. II) *Obligatio, cui pignus accedat.*

Igitur obligatio subsit necesse est, cujus nomine pignus teneatur [1]). At non solum civili obligationi pignus accedere potest, verum et naturali [2]), dummodo recte solvere possit is, qui naturaliter obligatur [3]). Quodsi reprobata est legibus obligatio, non solum pignoris nulla est persecutio, verum etiam dati erit repetitio [4]). Praeterea et futurae obligationis causa, omninoque ejus, quod aut ex die, aut sub conditione debetur, res pignorari possunt [5]). Jam vero si eatenus quidem certa est obligatio, ut nemini altero invito ab ea recedere liceat, quamvis nullum vere adhuc adest debitum, tamen, simul ut exstitit debiti causa, inde ab eo tempore, quo primum constitutum est pignus, repetetur initium juris; sin vero ea est negotii natura, ut non prius, quam debitum appareat certum ac purum, ulla adsit obligatio, tum nec pignoris causam antea exstitisse dicendum est [6]). Neque vero ad id solum, quod principaliter debetur, pignoris obligatio pertinet, sed etiam accessionum, i. e. et usurarum, cum ex obligatione tum judicis officio debitarum, et ejus, quod interest, et poenae conventionalis, quam vocant, nomine, velut tacito jure pignus tenetur [7]), si modo causa illarum et una cum principali obligatione exstitit [8]), et jure legeque potest constare [9]). Similiter propter impensas, cum necessarias tum utiles, ipso jure

§ 304.

1) T. T. C. *Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.* (VIII, 33.)—L. 2. D. *quae res pignor. obl. non poss.* (XX, 3.)—L. 129. D. *de R. J.*—*Averanii* interpret. jur. II, 12. nr. I. — L. 28. et 33. D. *h. t.* — Caeterum cf. infra § 316. not. 1. a. et b.

2) L. 5. pr. L. 14. § 1. D. *h. t.* (XX, 1.). — L. 101. § 1. in f. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — Vid. *Auctoris* Cession § 39 Nr. II. p. 454 sq. (ed. 2.).— *W. Francke* civilist. Abhandl. (Gött. 1826.) p. 80 —107. p. 125—128.—*Schrader* in ephemerid. jur. Tub. T. II. p. 63. — Cf. et L. 59. pr. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) « Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit — —. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. » — Integri loci explicationem infra dabimus, ubi in fideicommissorum jure versabimur. Interea cf. *Cujac.* in Lib. IV. Qu. Pauli (opp. post. T. II. — ed. Paris. — p. 1046 sqq.). — *Jos. Averanii* interpret. II. c. 11. — *Schulting* in not. ad h. l. (ed. *Smallenburg* T. V. p. 609 sq.). — Arch. f. civilist. Pr. VI. p. 141—146. — *Francke* l. l. p. 86 — 98. — *Mayer* in ephemerid. jur. Tub. T. II. p. 100 sqq. (Nr. 1.)

3) Quod non animadverterunt, qui plenam esse vim pignoris naturali obligationi adjecti negarunt, quoniam nulla sit actio pignoris nomine, quod ex causa pecuniae mutuo datae filiusfamilias constituit: velut *Weberus* natürl. Verbindl. § 107. et *Seuffert* Erörter. II. p. 88. Nr. XVIII.—Vid. *Francke* l. l. p. 81 sq.

4) L. 25. D. *h. t.* — *Thibaut* civilist. Abhandl. Nr. 14. p. 225 sqq. — *Seuffert* Erört. II. p. 85 sqq. Nr. XVII.—Cf. et *Weber* natürl. Verb. § 105. 106., qui quidem pignoris repetitioni, tum demum locum esse futurum arbitratur, cum ejusmodi sit obligatio, ut etiam repeti possit, quod ejus solvendae causa datum sit.

5) L. 5. pr. D. *h. t.*

6) Quibus positis principiis, nullo negotio explicari et inter se conciliari possunt loci, qui tantas subinde excitarunt interpretum curas: L. 13. § 5. D. *h. t.* — L. 1. pr. et § 1. L. 9. pr. § 1. 2. L. 11. pr. § 1. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)—L. 4. D. *quae res pign.* (XX, 3.) — Cf. *Averanii* interpret. j. II, 12. nr. 6 sqq. et III, 9. — *Westphal* Pfandr. § 150. — *Gesterding* p. 9 sqq. — *C. F. T. Hepp* in Arch. f. civ. Pr. X. p. 280 — 294. (nr. 6.). — *Zimmern* in ephemerid. jur. Erlang. T. II. p. 249. in f. sq. — Inprimis et *Cropp* in *ej.* et *Heise* jur. Abhandl. Nr. XV.

7) L. 8. § 5. D. *de pign. act.* (XIII, 7.)—L. 13. § 6. D. *h. t.* — L. 18. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) — Cf. L. 11. § 3. D. *de pign. act.* — L. 4. C. *de usur.* (IV, 32.) — L. 22. *eod.* — « nec retineri quicquam *amplius* » (i. e. praeter poenae commissae causam) potest. » — Cf. *Weber* Beitr. zu d. Lehre v. stillschw. Conventionalpfdr. nr. 3. (Vers. üb. d. Civ. R. p. 151 sqq.)

8) L. 4. in f. C. *de usur.* — *Weber* l. l. § 2. 1. 12.

9) Igitur nec propter usuras, quae lege prohibitae sunt, pignus obligatur (L. 11. § 3. in f. D. *de pign. act.*); de his, quae naturaliter tantum debentur, vid. eund. locum, tum L. 4. et 22. C. *de usur.* — Cf. supra not. 2.

pignus obligatum est [10]. Caeterum et fieri potest, ut pro parte debiti pignus constituatur [11].

§ 505. III) *Res, quae pignori subjiciantur*, 1) *simpliciter spectatae* (*).

Pignori esse possunt omnes res, quarum non simpliciter interdictum est commercium [1], et quae nondum exstant [2], et incorporales, ut nomina [3], ut ipsum jus pignoris [4], item militia [5], emphyteusis et superficies [6], ususfructus et habitatio [7]. Reliquae vero servitutes per se quidem pignori obligari nequeunt, licet recte constituantur pignoris nomine rusticorum quidem praediorum servitutes [8]. Res quoque, quae debitoris non sunt, pignori dari possunt [9], non item eae, quae in creditoris dominio sunt [10]; quamvis singulari jure fit, scil. utilitatis atque aequitatis causa, ut aut conservetur hypotheca ei, qui rei dominium acquirit, aut ad ipsum transferatur, aut juxta constituatur facultas, cum dominium rei vindicandi, tum vero pignoris jure eandem persequendi retinendique [11]. Caeterum non modo singularum rerum pignus est, verum et universitatis, quin etiam universorum bonorum [12]. De quo paullo plenius nunc erit dicendum.

§ 306. 2) *Ad juris ambitum relatae* (*).

Quodsi de juris ambitu quaeris, quibus ex rebus aestimctur, 1) haud incon-

10) L. 6. C. *h. t.* — L. 8. § 5. in f. D. *de pignor. act.* — Dissent., quod quidem ad utiles impensas attinet, *Weber* l. l. § 18. et *Seuffert* l. l. p. 112. in f. — Sed vid. *Gesterding* Ausb. IV. p. 3 sqq. Nr. I.

11) L. 5. pr. D. *h. t.* — L. 5. § 1. D. *in quib. c. pign. tac. contr.* (XX, 2.)—L. 11. § 3. D. *de pign. act.*

§ 305.

(*) Dig. (XX, 3.) *quae res pignori vel hyp. datae obligari non possunt.* — C. (VIII, 17.) *quae res pignori obligari possunt, vel non.*

1) L. 22. C. *de sacros. eccles.* (I, 2.)— L. 2. in f. C. *de relig.* (III, 44.) — L. 1. C. *de patrib., qui fil. suos distr.* (IV, 43.)— L. 5. 6. C. *h. t.* — (Vid. et § 308. not. 1.)— Cf. L. 9. § 1. D. *de pign.* — L. 1. § 2. D. *h. t.* (« Eam rem, quam quis emere noo potest, *quia commercium ejus non est* jure pigooris accipere noo potest. » — L. 24. D. *de pign.* « In quorum finibus emere quis prohibetur, pigous accipere ooo prohibetur. » — Vid. v. c. L. 34. D. *de R. C.* (XII, 1.) — *Westphal* § 59.

2) L. 15. pr. D. *de pign.* — Vid. et infra § 306. not. 12. 15. et § 308. Nr. 3. — Omnino Cf. *Hepp.* über d. Anfang des Pfaodrechts an zukünftigen Gütern, io *Rosshirt* Zeitschr. I. p. 336 sqq.

3) L. 4. C. *h. t.* — L. 7. C. *de hered. vel. act. vind.* (IV, 39.)— (Cf. § 322.)

4) Cod. (VIII, 24.) *si pignus pignori dat. sit.* (Cf. § 322.)

5) L. ult. C. *de pign.*—(Cf. *Auctor.* Cession § 2. p. 10. 11. ed. 2.)

6) L. 16. § 2. D. *de pign. act.* — L. 13. § 3. D. *de pign.*

7) L. 11. § 2. L. 15. pr. D. *de pign.* — L. 8. pr. D. *quib. m. pign. solv.* (XX, 6.)—L. 29. D. *de usur.* (XX, 1.)

8) L. 11. § 3. L. 12. D. *de pign.* — Cf. *Majansii* Disp. Nr. IV. et A. L. Z. aoni 1831. II. p. 578.

9) De quo plura dicentur infra § 308. or. 3. et nr. 4.

10) L. 45. pr. D. *de reg. jur.* (vid. § 308. not. 2.)

11) a) L. 17. D. *qui pot. in pign.* — L. 30. § 1. D. *exc. rei. j.* (XLIV, 2.)— b) L. 3. C. *de his, qui in prior. cred. loc.* (VIII, 19.) — L. 1. C. *si antiquior creditor pign. vendiderit.* (VIII, 20.) — c) α) L. 2. D. *qu. ex facto tut.* (XXVI, 9.)—L. 3. C. *arbitr. tut.* (V, 51.) coll. cum L. 7. D. *qui pot. in p.* (XX, 4.) —L. 5. pr. D. *de reb. eor. qui sub tut.* (XXVII, 9.) — L. 6. C. *de servo pign. dato* (VII, 8.) — β) L. 54. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) coll. cum L. 36. C. *de jure dot.* (V, 12.) — γ) L. 5. L. 6. § 2. C. *de sec. nupt.* (V, 9.)—Nov. 98. *c.* 2.— Dissent. *de Loehr* Mag. IV. p. 73 sqq. p. 140 sqq. (nr. 5.) et *F. F. Gedult v. Jungenfeldt* üb. d. Pfandr. an eign. Sache. Giess. 1827. 8. — Sed vid. *de Wening* Arch. f. civ. Pr. VI, 5.—*Francke* civ. Abh. p. 107 — 124. — *Mayer* in ephem. jur. Tub. T. II. p. 107 — 110. (nr. 3.). — *Zimmern* in ephem. jur. Erlang. T. V. p. 39 sq.—*Buchel* civilr. Erörter. II. Nr. VIII. p. 84 — 97. — *Sintenis* pfandrechtl. Streit frageo I. Nr. II. p. 78 sqq.; quamvis et de principio, quo hic locus regatur, et de ambito, quo valeat, ne hi quidem scriptores prorsus inter se consentiant. — Cf. et infra § 323. init. et not. 1.

12) L. 15. § 1. D. *de pign.* — L. 34. pr. *eod.* — L. 2. C. *eod.*

§ 306.

(*) Cf. *Hertii* D. different. pignor. generalis et specialis (opp. Vol. II. T. II. p. 118 sqq.).—*G. A. Merz* (Pr. *E. Schradero*) D. de vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales.

veniens esse videtur, tria haec ponere, tamquam genera prima, speciale s. specierum, generis, universorum bonorum pignus. Et 1) speciale hoc quidem loco vocamus rerum singularum, vel unius vel plurium, specie definitarum pignus. Eoque pignore et fructus continentur, exstantes illi quidem [1]), et quae alioquin rei accedunt [2]), neque vero quae ex eadem, ejusque proventu, emta aliove modo comparata sunt [3]), non magis quam novae species ex pigneratis rebus factae, nisi nominatim, ut hae quoque pignoris loco essent, in constituendo jure cautum sit [4]). At immobilis rei formam esse mutatam, nihil nocet pignoris causae [5]). Praeterea observandum, tum mobilium rerum, quae specialiter pignerata sint, invito creditore prohiberi alienationem [6]), tum vero non nisi in speciebus pigneratis creditori probandum esse, in bonis debitoris eas fuisse obligationis factae tempore [7]). 2) Generis pignus duplex est: alterum earum rerum, quae ex genere quodam in bonis debitoris sunt eruntve, ut immobilium rerum, equorum, servorum; alterum universitatis rerum (§ 223.), ut gregis, tabernae, bibliothecae. Atque inter utrumque nullum per se quidem interest discrimen. Nam non solum in utroque ad ipsum genus refertur pignus, verum etiam ad species s. ad corpora. Ad genus hoc pacto, ut, quaecunque ex eo rerum genere quandoque erunt debitoris, ea securitati inserviant creditoris [8]), dummodo non certis rerum finibus conclusa sunt, quae ita pignerantur [9]). Ad species vero rerum ita hoc jus referendum est, ut plerumque etiam singulas res, sive apud debitorem sive apud extraneum illae exstent, vindicare liceat creditori, praeterquam si ea lege pignus constituatur, ut ad totum universitatis quasi corpus pertineat, non ad singulas, quae in ea sint, res; idque in taberna pignerata velut tacito jure receptum est [10]), scilicet propter commerciorum auctoritatem ac fidem [11]). 3) Universorum autem bonorum pignus totum afficit debitoris patrimonium, tam praesens quam futurum [12]), praeterquam

Tub. 1818. 8. — *C. Carrard* (Pr. *J. F. de Malblanc*) de auctoritate hypothecarum generalium *rel.* Tub. 1820. — *C. L. Caplick* vindiciae sec. omn. fere JCtor, de general. specialisq. hyp. discrimine sententiam. Goett. 1820. — *H. K. Hoffmann*, über den Einfluss allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners. Darmst. 1830.— *Rosshirt* in Zeitschr. für Civil-und Criminalrecht. T. I. Nr. I. p. 1 — 57. — Qui scriptores, ut inter se dissentiunt, ita nec cum iis conveniunt, quae hac de re a nobis traduntur.

1) L. 1. § 2. L. 16. § 4. D. *de pign.* — L. 3. C. *in quib. c. pignor. tacit. contr.* (VIII, 15.) — *Westph.* § 17.—*Backe* bon. fid. poss. quemadm. fruct. suos faciat p. 39 sqq. p. 97. p. 118. 119. p. 122 sqq. — Accuratius quaestio de fructibus, quomodo et pignoris obligationa peti possunt, infra tractatur § 319. not. 3. 1.

2) L. 16. pr. D. *de pign.* — L. 21. D. *de pign. act.* (XXIII, 7.) — *Gesterding* Ausbeute IV. p. 19. sqq. Nr. II. — Caeter. vid. L. 1. § 1. D. *de pignor.* (Cf. L. 24. D. *de pecul. leg.* (XXXIV, 8.) — L. 26. § 2. D. *de pign.*)

3) L. 7. § 1. in f. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)— L. 3. C. *in quib. c. pign. act.*

4) L. 18. § 3. D. *de pign. act.*

5) L. 16. § 2. L. 29. § 2. D. *de pign.*

6) L. 3. 4. C. *de servo pignori dato manumissos.* (VIII, 8.) — L. 66. (al. 68.) pr. D. *de furtis* (XLVII, 2.) Cujus prohibitionis num ea sit vis, ut juris translatio ad alium prohibeatur, minime inter omnes constat.—*Gluck* Pand. XX. p. 182. nr. 2.— Cf. infra § 317. not. 2.

7) L. 1. pr. L. 15. § 1. D. *de pignor.*

8) L. 13. pr. L. 32. D. *de pignor.* (Cf. supra § 223. nr. 1. et not. 12.)

9) Vid. v. c. L. 26. § 2. D. *de pign.* Cf. *Hoffmann* l. l. p. 80 sqq.—*Rosshirt* l. l. p. 9.

10) L. 34. pr. D. *de pign.*

11) Caeterum quae de taberna praecipiunt juris nostri auctores, etiam in alias convenire universitates, et vel maxime in gregem pignori obligatum (propter L. 13. pr. D. *de pign.*), a plerisque defenditur.—Vid. *Gluck* Pand. XVIII, § 1079., qui varias variorum et de hac quaestione et omnino de universitatis pigneratae jure recenset opiniones p. 229 —235. Quam sententiam etiam tuentur *Warnkoenig* in Arch. f. civil. Pr. XI. p. 198 sqq. et *Hoffmann* l. l. p. 71 sqq.—Sed vid. *Zimmern* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. p. 49 sqq. (nr. 2.) et quae supra scripsimus § 223. *verb.*: Deinde probe notandum *rel.*, et nr. 1. — *Rosshirt* l. l. p. 10 sq. et Archiv f. civ. Pr. T. XVII. p. 378 sqq.

12) L. 9. C. *quae res pign.* (VIII, 17.)—L. 1. pr. D. *de pign.* — Formularum, quibus uti solebant Romani in universorum bonorum pignore constituendo, vid. L. 6. L. 34. § 2. D. *de pignor.* — L. 21. pr. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.); aliisque in locis, quos collegit *Caplickius* l. l. p. 34 sqq. — Cf. *Muller* l. l. p. 55 sq. — Praeterea observ. a)

eas res, quae aut nominatim exceptae dimissaeve sunt [13]), aut, in voluntariis quidem oppignerationibus, quas verisimile est, debitorem specialiter obligaturum non fuisse [14]). II) Alia etiam ratione generale pignus opponi solet speciali; quae quidem disjunctio prope infinita est, siquidem *speciale* ad id refertur, quod a toto eximitur. Igitur universo debitoris patrimonio ita pignori obligato, ut universitas bonorum quaedam, velut gregis, aut omnino omnium mobilium, vel excipiatur, vel separatim obligetur, haud sane dubitandum, quin ex receptissima loquendi consuetudine universitatis pignus, tamquam speciale, opponatur universorum bonorum pignori, ut generali. Rursus autem, si plurium rerum complexus, sive cert is definitae sint speciebus sive non, pignori obligantur, de singulis vero ex eo numero specialiter quaedam cauta sunt, nihil impedit, quo minus hujus quoque disjunctionis significandae ac declarandae gratia, eadem illa generis et speciei verba adhibeantur [15]). Cujus divisionis vis ac ratio vel maxime continetur juris communis regula, qua praecipitur : *speciem derogare generi* [16]).

TIT. II. QUIBUS MODIS PIGNUS ET CONSTITUATUR ET FINIATUR.

§ 307. I) *De pignorum constitutione. Argumenti adumbratio.*

Antiquitus quidem duae erant rerum velut obligationis formae : fiducia [1]) et pignus, hujusque vis omnis in sola custodiendae retinendaeque rei potestate posita erat, donec jus possessionis impertitum est creditoribus [2]). Accesserunt deinceps aliae etiam rerum obligandarum formae, ut hypothecae [3]), ut testamentarii pignoris, ut eorum, quae aut a legis aut a magistratus auctoritate proficiscuntur; hisque subinde etiam in rem actio addita est [4]), quoad quidem rei obligatae natura id pateretur (§ 322.). Quodsi igitur de constituendi pignoris

Futurarum rerum pignus hic quoque non ex adquisitionis, verum ex juris constituti tempore aestimari, (scil. inter ejusdem debitoris creditores; vid. enim § 308. not. 15. et § 323. not. 4.). — Arg. L. 15. § 1. D. *de pignor.* — L. 11. § 3. L. 21. pr. D. *qui pot. in pign.* (Cf. *Noodt* ad tit. D. de pignor. §, *Nunc videndum.*) — *Fritz* ad *Wening* II. p. 415 sqq. — Neque contraria est L. 7. § 1. D. *qui pot. in p.*, (quam recte interpretatus est *Westphal* § 64. in f. — Cf. *Unterholzner* jur. Abh. p. 74. et *Mayer* in ephem. jur. Tub. T. II. p. 80.), ac multo etiam minus L. 34. § 2. D. *de pign.* (*Baumbach* Arch. f. civil. Pr. IV. Nr. 7. § 2—5.) — Dissentit, *Gesterdingium* (p. 58 sqq.) aliosque secutus, *Glück* XVIII. p. 214 sqq. et novissime *Hepp* in Archiv f. civil. Praxis X. p. 295—312. et in *Rosshirt* Zeitschr. *Rosshirt* ibid. p. 25 — 26. — b) Etiam universorum bonorum pignori semper fere inesse singularum rerum pignus. L. 15. § 1. D. *de pign.* — L. 2. D. *qui pot. in pign.* (Cf. § 318. not. 5.) — L. 2. C. *de pign.* — L. 17. C. *de distr. pign.* (VIII, 28.) — L. 8. in f. C. *de sec. nupt.* (V, 9.) — Vid. *Bachov* l. l. Lib. I, 5. nr. 3. — *Voet* ad Pand. tit. de pign. § 14. — *Seuffert* Erört. 19, 19. — Dissent. *de Bulow* Abh. üb. einz. Mat. d. R. R. I. Nr. 1.

13) Vid. et L. ult. C. *de remiss. pign.* (VIII, 26.)

14) L. 6—8. L. 9. pr. D. *de pign.* (Cf. *Sammet* opusc. p. 144 sqq.) — L. 1. C. *quae res pign.* et Arg. L. 7. 8. et Auth. *agricultores* C. *quae res pign.* (VIII, 17.). — Cf. *Fritz* ad *Wening* II. p. 413. in f. et sq. — Et vid. infra § 312. not. 9.

15) Vid. v. c. L. 11. § 2. D. *qui pot. in pign.*

16) L. 2. C. *de pign.* — (Cf. § 318. not. 5. et § 319. not. 9.) Cf. omnino *Rosshirt* l. l. imprimis p. 15 sq. et p. 29 sqq. § 4. — Vid. et infra § 318. not. 5. et § 319. not. 9.

§ 307.

1) *Gaji* inst. II, 59. 60. — *Paulli* rec. sent. II, 13. — *Isidori* orig. V, 25. (ap. *Gothofr.* auct. lat. ling. p. 932.). — Cf. *F. C. Conradi* D. de pacto fiduciae (scripta min. ed. ab *L. Pernice* Vol. I. Hal. 1823. 8. Nr. IV.), Exerc. I. § 16 — 21. Exerc. II. § 11 — 31. — *Müller* s. *Thierbach* l. l. § 6. — *H. A. Zachariae* comment. de fiducia (Gothae 1830. 4.) p. 18—33.

2) *Savigny* Besitz § 24. p. 295 sq. — Cf. *Büchel* l. l. p. 4 — 26. (Nr. II.) (Vid. et infra § 320. not. 3.)

3) *Cic.* ep. ad Div. XIII, 56. — L. 4. D. *de pign.*

4) § 7. I. *de act.* — L. 17. § 2. D. *de pact.* (II, 14.) — Cf. *Müller* s. *Thierbach* l. l. § 7. — *Loehr* Mag. III. Nr. 4. et praem. p. X — XIII. — Cf. L. 2. C. *de praet. pign.* (VIII, 22.)

modo ac ratione quaeritur, duplex est pignoris genus: unum voluntarii, alterum necessarii. Et voluntarium quidem vocamus, quod vel conventione nititur, vel testamento. Reliquae omnes pignorum species ad alterum referendae sunt genus.

§ 308. A) *De voluntario pignore* (*) 1) *generatim exponitur.*

Voluntarii pignoris natura his maxime legibus generatim continetur: 1) Non recte constituitur pignus in iis rebus, quarum alienatio prohibita est, licet earum sit commercium [1]), tum etiam, ut ipsum jus pignoris exoriatur, legitima observanda est alienationis forma, si qua est legibus praescripta [2]). 2) Nec propriam rem pignori potest obligare, nisi qui liberum habet ejus administrandae alienandaeque jus [3]). 3) Rei alienae nulla fere obligatio est [4]), praeterquam si ab eo fiat, cui id aut a domino aut a magistratu concessum est. Quemadmodum autem tacite videtur consensisse dominus, qui, sciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulaverit [5]): sic etiam rei alienae pignus nonnumquam convalescet, idque aut domini ratihabitione [6]), aut dominii conditione, pignoris obligationi apposita, postea eveniente [7]). Quodsi alioquin ille, qui pignus constituit, dominus rei efficitur, creditori, rem sibi pignerari alienam ignoranti, utilis rei persecutio impertitur [8]), quoad dominium manet penes debitorem [9]), at scienti nonnisi exceptione s. retentione succurritur adversus debitoris vindicationem [10]). Ac similiter rei dominus, qui heres pigneratori exstitit, pignoris obligationem agnoscere necesse habet [11]). Omnino autem his in causis, quamvis per se quidem

§ 308.

(*) Dig. (XX, 1. de pignorib. et hypoth. et) *qualiter eacontrahantur et de pactis eorum.*—Cod. VIII, 17. *Quae res pign. obl. poss. v. non et qualiter pignus contrahatur.*

1) L. 1. § 2. D. *quae res pign. obl. n. poss.* (XX, 3.) —(*Glück* § 1091. p. 204 sqq.)—L. ult. C. *de reb. alien. n. alienand.* (IV, 51.)—(Caeter. cf. § 270. nut. 8.) — L. 3. § 2. 3. C. *comm. de leg.* (VI, 43.) Quae, ut aliae ejus generis prohibitiones (velut L. 5. C. *quae res pign. dari poss.* VIII, 17.), non nisi ad pignorum constitutiones pertinent, quae privatorum arbitrio fiant.—Cf. et L. 3. § 1. D. *de reb. cor., qui sub tut. non al. v. suppon.* (XXVII, 9.)—Caeter. vid. *Meissner* stillschw. Pfandr. § 31—34.

2) Ut in rerum pupillarium, ecclesiasticarum, aliarumque alienatione. Vid. *Meissner* not. l. laud.

3) Pr. et § 2. I. *quib. al. lic. v. non.* — L. 1. pr. D. *quae res pign. obl. non poss.* — Cf. a) L. 31. D. *h. t.* (vid. § 316. not. 6.). — b) L. 18. § 4. D. *de pign. act.* — c) De rei communis obligatione vid. L. un. C. *si comm. res pign. data sit.* (VIII, 21.) — L. 7. § 4. D. *quib. m. pign. solv.* (XX, 6.) — L. 6. § 8. et 9. D. *comm. div.* (X, 3.) — L. 3. § 2. D. *qui pot. in pign.* — Vid. *Cujac.* ad Lib. XI. resp. Papiniani (opp. posth. ed. *Fabr.* T. I. P. I. p. 487 sq.).— *Westphal* § 108. not. 129.

4) L. 2. et 6, C. *si aliena res pign. data sit.* (VIII, 16.)—L. 2. D. *de pign. act.*—Caeter. vid. a) L. 9. § 4. L. 16. § 1. *eod.* (*Glück* Pand. XIV. p. 27.) — b) L. 18. D. *de pign.*

5) L. 2. C. *si al. res pign. data.* —Ac multo etiam minus de domini consensu dubitari poterat in ea quaestione, quam proponit Modestinus L. 26. § 1. D. *de pign.* Cui nec contraria est L. 39. D. *de pign. act.* Vid. Schol. Basil. IV, p. 30. not. m.

6) L. 20. pr. D. *de pign. act.* — Tacitam ratihabitionis speciem vid. L. 5. § 2. D. *in quib. c. pign. tac. contr.* (XX. 2.)—*Westphal* § 1. not. 39.

7) L. 16. § 7. D. *h. t.* — Cf. a) L. 3. § 1. D. *qui pot. in pign.* — b) L. 1. pr. D. *h. t.* — Cf. § 36. not. 7. — Omnino vid. *Hepp* in *Rosshirt* Zeitschr. I. p. 347 sqq. § 89.

8) L. 5. C. *si aliena res pign.* (VIII, 16.).—L. 41. D. *de pign. act.* verb.: *Sed si convenisset* rel. (vid. not. 11.). — Arg. L. 21. § 1. D. *de pign.*— *Mayer* in Archiv. f. civil. Pr. IX. Nr. 12. atque ibi inprimis p. 248 — 351. p. 254 sq. (nr. 2.); cui adstipulatur *Schrader* in eph. jur. Tub. T. II. p. 66. At totá ratione a *Mayeri* sententia discedit *Müller* Archiv f. civil. Pr. XI p. 302 sqq.

9) L. 9. § 3. D. *eod.* (XX, 4.). — Quo in loco vulgus interpretum offenditur; v. c. *Westphal* § 170. not. 188. Sed vid. *Mayer* l. l. p. 253 sq. (nr. 1.) p. 256—258.

10) L. 1. pr. D. *de pign.*—« difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur: *facilior erit possidenti retentio.*» — *Mayer* l. l. p. 252 sq. — Cf. et *Gesterding* p. 75.

11) L. 22. D. *de pign.* (Modestinus). «Si Titio, qui rem meam, ignorante me, creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori.» — Dissent. *Paulus* L. 41. D. *de pign. act.* (XIII, 7.). «Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse coepisti: datur utilis actio pigneratitia creditori. Non est idem di-

retro convalescat pignus [12], tamen potiores erunt hi, quibus a vero domino, eo quidem tempore, quo nondum e medio sublatum erat vitium, res obligata est [13]; quatenus quidem alii non adjuvantur privilegio (§ 323. not. 3.). 4) At vero nemo impeditur, quo minus pro aliena obligatione rem suam pignori det supponatve [14]. 5) Potest etiam sub conditione aut sub die pignus contrahi, quo quidem facto, posteaquam dies vel conditio exstitit, item ad pignoris constituti tempus fere revocabitur jus [15].

§ 309. 2) *Speciatim exponitur* a) *de pignore, quod conventione contrahitur, eoque α) simplici.*

Pignus conventionale, ut quidem vocant, aut re contrahitur (§ 303. not. 8. a.), aut pacto; idque prorsus nullam desiderat juris solennitatem [1]. Atque utroque modo et tacite fieri potest pignoris obligatio [2], et per procuratorem recta via domino acquiritur jus [3].

§ 310. β) *Publico et quasi publico.*

Publicum pignus ex Romani juris sententia id intelligere licet, quod instrumento aut a magistratu aut a tabulario confecto nititur; quasi publicum, quod instrumento trium ad minimum virorum subscriptione munito agnitum est [1]. Atque utriusque similis est vis ac potestas, haec quidem, ut, qui eo modo habent jus constitutum, aliis praeferendi sint creditoribus, item habentibus jus

cendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori: neque utique sufficit ad compelendam utilem actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. (Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacia arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.» Vid. not. 8.) — Quae ut inter se conciliarent loca frustra saepius fuerunt interpretes, quorum magnam copiam laudarunt *Gluck* (XIV. p. 32 sqq.) et *Schulting*, nec non *Smallenburgio* nol. ad L. 41. cit. Quib. add. *Gesterd.* p. 80 sqq. — *Mayer* l. l. p. 260 — 264. — (Cf. *Puchta* in ephemer. jur. Erl. T. V. p. 296 sqq.) — *Buchel* l. l. p. 15 sq. in not. et *Sintenis* l. l. p. 99 sqq. Nr. III. — Caeterum Modestini sententiam magis convenire juris rationi, nemo erit qui neget; Arg. L. 1. § 1. D. *de exc. rei. vend. et trad.* (XXI, 3.)

12) L. 16. § 1. D. *de pign.* — L. 3. § 1. D. *qui pot. in pign.* et Arg. L. 14. *eod.* — Dissent. *Hepp* Archiv f. civil. Pr. X. p. 296 sqq. (Vid. supra § 306. not. 12. a.)

13) Arg. L. 18. § 2. D. *de pign. act.* — L. 12. C. *de distr. pign.* (VIII, 28.) — (Cf. § 306. not. 12. a. et § 323. not. 4.)

14) L. 5. § 2. *h. t.*

15) *Gesterding* p. 20 — 22. — Excipitur autem pignoris obligatio hunc in modum facta: ut, quae in certum aliquod praedium «inducta, invecta, importata, ibi nata partave essent» (L. 34. D. *de pignor.*), pignori subjicerentur; quo quidem facto, non antea erit pignus, quam eventus ille exstiterit. L. 11. § 2. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) — Caeter. vid. *Hepp* l. l. p. 296. in f. sq. et *Gesterding* Ausbeute IV. p. 27 sq.

§ 309.

1) L. 1. pr. D. *de pign. act.* — L. 4. L. D. 13. § 3. D. *h. t.*

2) *Hertii* D. de pignore conventionali tacito (opp. Vol. II. T. III. p. 106 sqq.). — *Weber* Beitraege zu der Lehre vom stillschw. Conventionalpfandr. (Versuche Nr. II. p. 77 sqq.). — *Meissner* stillschw. Pfandr. I, 1. — Exempla vid. § 304. not. 7. § 308. not. 5. 6., quibus etiam add. a) L. 13. § 11. D. *loc. cond.* (XIX, 2.) — b) L. 5. C. *eod.* (IV, 65.) — (Cf. § 313. not. 2.) — *Balduinus* c. 6. (p. m. 267.) — *Weber* l. l. p. 79 sqq. — (Cf. *Huschke* Studien d. R. R. I. p. 344 sq.) — Dissent. *Meissner* stillschw. Pfandr. § 72.

3) L. 21. pr. D. *h. t.* — L. 2. C. *per quas personas nobis acqu.* (IV, 27.) — *Merlinus* l. l. L. II. Tit. III. Qu. 101. — *Auctoris* Cession § 11. p. 94 sqq. (ed. 2.). — *Büchel* l. l. p. 65 sqq. Nr. VI.

§ 310.

1) L. 11. C. *qui pot. in pign.* (VIII, 18.) (Imp. Leo). — (Cf. L. 32. C. *de ep. et cler.* (I, 3.) — Nov. 73. c. 2.) — *Spangenberg* D. de modo confic. Instrument. apud. Rom. — jur. Rom. tab. sol. coll. (Lips. 1822.), praemissa C. II. S. 3. — *J. H. Boehmer* praerogativa hypothecarum publicar. (exerc. ad Pand. III, 60.) c. 1. § 5 — 7. — *Sintenis* l. l. p. 103 sqq. Nr. IV.

pignoris [3]), dummodo ex conventionalium numero [3]), nec peculiari instructi sint privilegio [4]). Quemadmodum autem necessario pignori literarum testimonio et velut confirmatione publici pignoris jus tribui potest [5]) : sic etiam rationi conveniens est, ut istiusmodi pignora iis praeferantur, quae tali non adhibita forma conventionibus constituuntur [6]). Caeterum longa alia est ratio et indoles pignorum publicorum, quibus hodie utuntur in plerisque Germaniae terris [7]).

§ 311. b) *De testamentario pignore.*

Testamento pignus in securitatem aut legatariorum [1]) aut creditorum [2]) constitui potest, itemque tam in testatoris quam in heredis bonis [3]). Quod quidem pignus et tacitum esse potest [4]); at non item in illud convenire ea videntur, quae de publicorum pignorum jure constituta sunt [5]). Caeteroquin ex legatorum fideicommissorum natura testamentarii pignoris vis aestimanda erit [6]).

§ 312. B) *De necessario pignore* 1) *summatim disseritur.*

Necessarium est pignus, quod aut a magistratus auctoritate aut a lege proficiscitur [1]). Nam usucapione pignus constitui nequit [2]). Jam vero prioris illius duplex est forma : altera praetorii, quod ex missione in bona proficiscitur [3]); altera ejus, quod judicati exsequendi causa captis pignoribus constituitur [4]);

2) «Eum, qui instrumentis publice confectis nititur *praeponi, etiamsi posterioris contineatur,* nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.» — *Boehmer* l. l. § 5. — *Westphal* § 166. not. 184. in fin.—*Zimmern* in *ej.* et *Neustetelii* röm. rechtl. Unters. XI. p. 301 sq. — *Loehr* Archiv f. civ. Prax. VI, 6. § 3. — *Francke* Beitr. z. Erläuterung einzelner Rechtsmaterien (Gött. 1828.) I. Nr. 3. (p. 105 sqq.). — *Gesterding* Ausbeute II. p. 449 sqq.—*Sintenis* l. l. p. 111 sq. — Dissent. *Gluck* XVIII. § 1081.

3) Vid. *Dabelow* Concurs p. 311 — 314. — *Meissner* stillschw. Pfandr. § 39. in f., qui et varias aliorum hac de re opiniones sub examen vocat. Vid. et § seq. not. 5.—At dissent. *Loehr* l. l. § V. (p. 158 sqq.), nec non Archiv f. civ. Pr. XII. Nr. IX. ea vel maxime motus ratione, quod alioquin tot tantisque difficultatibus res implicaretur, ut nullus fere hujus legis usus esse posset.— Sed vid. quae contra scripsit *Francke* l. l. p. 106 sqq. et *Hepp* jur. Zeit. anni 1830. p. 349 sqq., tum quae de regulae usu: *qui vincit te vincentem, te ipsum tamen non vincet*, supra (§ 173. in f.) tradidimus. — Cf. et *Seuffert* Erört. II. p. 140 sqq. (nr. 5.).— *Sintenis* l. l. p. 102 sqq. Nr. 2. et 3.

4) *Thibaut* civilist. Abh. p. 126. — Dissent. *Schweppe* jur. Mag. p. 149 sq.

5) Id, quod minime est necessarium ex nostra quidem opinione, at propter aliorum dubitationes utile esse potest. — Caeterum ipsius obligationis causa, utrum ex publico an ex privato repetatur instrumento, nihil interest; cf. *Hellfeld* in opusc. Nr. IX. § 29. —Dissent. *Sintenis* l. l. p. 116.

6) Convenit huc *argumentum ab absurdo*, ut vocant. Vid. supra § 62. in f. (nr. 3. et not. 16.)— *Sintenis* p. 119.

7) *J. H. Boehmer* l. l. c. 2. — *J. H. Hellfeld* de praerogat. hyp. publ. *rel.* (opp. Nr. 9.) Sect. III. — Cf. *J. C. Eschenbach* Beiträge z. Mecklenb. Recht. I. (Rost. 1811.) p. 5 — 46. et *Anonymi* Ansichten über wesentliche Lehren des Pfandrechts. Rost. 1829.— et *Rosshirt* in *ej.* Zeitschr. I. p. 40. sqq. § 8—12.

§ 311.

1) Cf. L. 1. C. *comm. de leg.* (VI, 43.)

2) L. 26. pr. D. *de pign. act.*— Cf. *Müller* l. l. § 12.

3) *Bachov* l. l. I, 7. nr. 5. II, 3. nr. 3.

4) *Glück* XVIII. p. 191.

5) Certe non cogitasse Leonem de testamentario pignore, ex ipsius constitutionis (L. 11. C. *qui pot.*) tenore satis evincitur.—Caeter. vid. *Gluck* XVIII. p. 202. in f.

6) *Gesterding* § 14.—Cf *Hepp* Arch. f. civ. Pr. p. 264. (nr. e.).

§ 312.

1) Vid. etiam, quod ad jus antiquum attinet, *Gaji* Inst. IV, 26 sqq.

2) *Unterholzner* Verj. § 6. nr. 2. § 43. nr. 6. et ausführl. Verj. L. II. § 247. 248. et inprimis *Buchel* l. l. p. 40 sqq. p. 52. — Dissent. *Dabelow* Verj. I. p. 439. — Cf. et *Günther* pr. jur. rom. § 673. not. h.

3) L. 26. pr. D. *de pign. act.* — L. 12. D. *pro emt.* (XLI, 4.)— T. T. C. *de praetoria pignore* (VIII, 22.) — *Cujac.* observ. V, 30. — Cf. *Hepp* Archiv civ. Praxis X. p. 264 sq. (nr. d.).

4) Cod. (VIII, 23.) *si in causa jud. pign. capt. sit.* — L. 15. § 4. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 7. 8. et Auth. *agricultores* C. *quae res pign.* (VIII, 17.) — *C. W. Küstner* pignus in causa judicati captum. Lips. 1744.

judiciale vocant. Quoniam vero utrumque hocce argumentum supra jam tetigimus, cum in rei judiciariae ratione exponenda versabamur[5]), nunc quidem haec etiam praecipere sufficiat: nec privilegio ullo gaudere istiusmodi pignora[6]), nec tamen minorem iis inesse vim, quam reliquis[7]), praeterquam quod, qui immissi sint creditores, nulla inter ipsos utantur temporis praerogativa[8]). Reliquum igitur est, ut de legali (quo quidem verbo dici solet) seu tacito pignore[9]) exponamus.

313. 2) *Speciatim de tacito seu legali pignore* (*), *eoque* a) *singularum rerum seu partis bonorum.*

Hujusmodi pignus competit 1) locatori praedii rustici, pensionis sua die non solutae omninoque ejus ratione, quod ex contractu locationis debetur, in fructibus, quae ex fundo locato nascuntur[1]); item 2) praedii urbani locatori ex simili obligationis causa, in illatis atque invectis conductoris[2]), ejusve, qui ab hoc rem habet vel partem ejus conductam[3]). 3) Ei, qui ad aedes reficiendas mutuam dedit pecuniam, in ipsis quidem aedibus[4]). 4) Pupillis minoribusque in iis rebus, quae ex pecunia eorum comparatae sunt[5]). 5) Legatariis et qui similes sunt legatariorum, eorum consequendorum causa, quae illis relicta sunt, in ea quidem bonorum parte, quae ad oneratos pervenit ex hereditate[6]). 6) Argentariis, et contra illos, militiae emtae nomine in ipsa militia[7]).

§ 314. b) *Universorum bonorum pignus* (*).

Universorum bonorum pignus lege tribuitur 1) fisco in bonis debitorum, non

5) § 153. 156. 157.

6) *Dabelow* Concurs p. 313. et 622.

7) L. 10. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)—Cf. L. 2 C. *de praet. pign.*

8) L. 5. § 3. D. *ut in poss. leg.* (XXXVI, 4.) — Cf. *Cujac.* IX. obs. 37.—*Mayer* in ephemer. Tub. T. II. p. 82 sq. — At vero eos vincent missi a Praetore, qui post missionem pignus aut conventione, aut capione, aut lege consecuti sunt. L. 3. C. *ut in poss. leg.* (VI, 54.)—L. 2. C. *quib. pot. in pign.* (VIII, 18.) — *Voet* ad Pandect. Tit. XX. 4. § 28.—*Küstner* l. l. § 21.—Dissent. *Glück* XVIII. p. 276 sq.

9) L. 4. § 1. D. *in quib. c. pign. tac. contr.* (XX, 2.) — Cf. L. 4. pr. (« quasi id tacite convenerit »). L. 6. *eod.*— Cf. *Meissner* vom stillschw. Pfandr. § 16 sq.

§ 313.

(*) Dig. (XX, 2.).—Cod. (VIII, 15.) *in quib. caus. pign. v. hyp. tacite contrahitur.*—*J. T. Schnorr* (Pr. *J. T. Segero*) historia jur. civ. de pignorib. tacito contractis. Lips. 1772. — *F. A. Meissner* vollständ. Darstellung d. Lehre vom stillschw. Pfandr. Th. I. II. Leipz. 1803. 1804.

1) L. 7. pr. D. *h. t.*—(Cf. L. 61. § 8. D. *de furt.* XLVII, 2.)—(*Schnorr* s. *Seger* l. l. § 8.)—L. 24. § 1. D. *loc.* (XIX, 2.)— Cf. *Glück* XVIII. p. 441 sq. nr. I. II. et de horum pignorum aetate *Mayer* in ephemerid. jur. Tub. T. II. p. 73—75.

2) L. 4. pr. D. L. 7. § 1. D. *h. t.* — L. 4. pr. D. *de pact.*—L. 7. C. *h. t.* — L. 5 C. *loc.* (cf. § 309. not. 2.). — Vid. et a) L. 3. L. 4. § 1. D. *h. t.* (cf. *Weber* Vors. p. 81 sqq.). — b) L. 2. *eod.* — c) L. 6. *eod.* — *Meissner* § 59 — 63. — Cf. et *Gluck* XVIII. p. 422 sqq.

3) L. 11. § 5. D. *de pign. act.* — *Meissner* § 64. — Cf. et *Auctoris* Cession p. 316 sq. (ed. 2.).

4) L. 1. D. *h. t.* — De quo loco vid. *J. F. A. de Back* (in *Oelrichs* thes. diss. in acad. belg. hab. Vol. I. T. 3. nr. 21.). — *Averanii* interpr. II. 13. — *Meissner* § 76 — 82. — Neque vero rursus destructo aedificio pignus quoque exstinguitur. Vid. § 306. not. 5. — Caeter. cf. et 315. not. 8.

5) L. 7. pr. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)— L. 3. pr. D. *de reb. eorum.* (XXVII, 9.) — L. 6. C. *de servo pign. dato manum.* (VII, 8.) (cf. supra § 305. not. 11. c. α).—Caeter. dissent. *de Buchholtz* qui pot. sunt in pign. p. 36 — 40. — *Gluck* XIX. p. 48 — 57. — Ac simile quidem jus et dotalis pecuniae nomine mulieribus tribui posse videtur (§ 305. not. 11. c. β.), et liberis in lucris nuptialibus, quae ipsis quaeruntur (§ 305. not 11. c. γ.). — Vid. et *Buchholtz* l. l. p. 207 sqq.

6) L. 1. 2. C. *comm. de leg.* (VI, 43.)—§ 2. I. *de leg.* — Nov. 108. c. 2. — *Meissner* § 179 — 188. —*v. Loehr.* Archiv f. civilist. Praxis V. Nr. 7.

7) L. ult. C. *de pign.* — Nov. 136. c. 2. — Cf. *W. T. Kraut* de argentariis et nummulariis (Gott. 1826. 8.) p. 129.

§ 314.

(*) *Goeschen* Grundriss § 538. p. 363 sqq.

modo tributorum suo tempore non solutorum nomine [1]), tum eorum, quae ex conventionibus ei debentur [2]), quaeve ex rerum fiscalium administratione solvenda praestandave sunt [3]): verum omnis rei debitae causa [4]), nisi quae specialiter excepta sit [5]). 2) Iis, qui sub tutela sunt vel sub cura, in tutorum curatorumve bonis [6]). 3) Liberis, in bonis tum patris, propter materna bona vel ex materna linea ad eos devoluta [7]), tum utriusque parentis, ad secunda vota transeuntis, scil. eorum causa, quae propter novas parentum nuptias quaeruntur liberis [8]), et ipsius vitrici, cui quidem mater, tutrix facta liberorum, nondum rationibus tutelae redditis nupsit [9]). 4) Marito propter dotis inferendae vel instaurandae obligationem, scil. in ejus bonis, qui ipsi ad dotem dandam obligatus est [10]). 5) Uxoribus, verae ac probatae fidei illis quidem [11]), in maritorum bonis [12]), cum dotis restituendae nomine [13]), tum donationis propter nuptias [14]), nec non nominum paraphernorum causa [15]). Praeterea 6) in bonis vidui vel viduae, novum contrahentis matrimonium, iis lex tribuit pignus, quibus ejus, quod sub viduitatis conditione relictum est, petendi jus datum est [16]). 7) Ecclesiae in emphyteutae bonis, ejus quidem nomine, quod propter emphyteusin in deterius mutatam praestandum est [17]).

§ 315. c) *Communia de utroque taciti pignoris genere.*

Incipit tacitum pignus ipso jure, simul ut causa exstitit illius efficiens [1]). Eaque

1) L. C. *h. t.* — L. 1. in f. C. *si propt. publ. pensit.* (IV, 46.) — [Cf. L. 7. pr. D. *de publicanis.* (XXXIX, 4.) — *Meissner* § 96.]

2) L. 2. C. *h. t.* — L. 28. L. 47. pr. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — L. 3. C. *de privil. fisci.* (VII, 73.) — Vid. et Fr. vel. JCti de jure fisci § 5.

3) Arg. L. 3. C. *de primipilo.* (XII, 63.) — *Meissner* p. 245 sq. — Dissent. *Gluek* XIX. p. 71 sqq. — Cf. infra § 325.

4) L. 46. § 3. D. *de J. F.* XLIX, 14. (*Hermogenianus*). «Fiscus semper habet jus pignoris.» — Cf. *Ulr. Huber* ad Pand. XX. tit. 4. § 38. — Dissent. plerique (v. c. *Dabelow* Concurs p. 221 sq. — *Glück* XIX. p. 73.), maxime propter L. 10. pr. D. *de pact.* (II, 14.), aliaque loca, quae in seq. nota laudantur. — Sed vid. (*Hoepfner*) Uebers d. Tit. de pactis p. 35. not. b. — *Meissner* p. 249 sqq Nr. IV. — *de Schroeter* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. p. 336 sqq. (nr. 2.).

5) L. 17. L. 37. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — L. un. C. *poenis fiscalib. creditores praeferri.* (X, 7.) (cf. § 173. not. 9. et § 205. not. 12.).

6) L. 20. C. *de adm. tut.* (V, 37.) — L. 7. § 5. in f. et § 6. C. *de cur. fur.* (V, 70.) — Nov. 22. c. 40. — Nov. 118. c. 5. in f. — (*Meissner* § 114—118.) — Vid. et *Glück* l. l. p. 147. in f. — 154.

8) L. 8. § 5. C. *de secund. nupt.* (V, 9.), coll. cum L. 6. § 1. 2. 4. D. *de bonis, quae liber.* (VI, 61.) — Nov. 2. c. 2. — *Meissner* § 131. — *Pfeiffer* pract. Ausführungen (Hanu. 1825. 4.) Nr. V. p. 34 sqq. — Caeterum omnis peculii adventitii nomine liberis hoc jus tribuendum esse, sunt, qui statuant: *Hellfeld* D. de diverso pignoris jure, liberis in parent. bonis competente (opusc. Nr. 7.) § 14. Contra vero *Loehrius*, historicam interpretandi rationem maxime secutus, ad peculium adventitium plane non esse referendum pro certo affirmat istoc pignoris genus: Archiv. f. civ. Prax. IX. Nr. IV. et X. Nr. XVII. — At communem sententiam solidis rationibus defendunt *Mayer* in ephemer. jur. Tub. T. II. p. 110 — 115. nr. 6.). — cf. et ephemerid. jur. Erl. f. V. p. 280 sq. — et *Fritz* ad *Wening* II. p. 433 sqq.

8) L. 6. § 2. L. 8. § 4. C. *de sec. nupt.* (V, 9.) — Nov. 22. c. 24. — Caet. cf. *Marezoll* Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. III. p. 84 sqq.

9) L. 6. C. *h. t.* — Nov. 22. c. 40.

10) L. un. § 1. C. *de re uxor.* (V, 13.)

11) Nov. 109. c. 1. 2. (cf. et pr. Nov. 109. et L. 2. C. *de haer.* 1, 5.). — De mulierib. judaicis non una est recentiorum JCtorum sententia. — Cf. *Meissner* § 158 sq. — *Gluck* XIX. p. 111 — 119.

12) Cf. L. 30. C. *de jur. dot.* (V, 12.) — Vid. *Loehr* in Arch. f. civ. Pr. VII. Nr. XV, 2. et infra § 325. not. 14. 16. 19.

13) L. un. § 1. C. *de rei ux. act.* — Neque vero idem tribuendum est jus extraneo. qui quidem dotem repetendi jus habet (*Gluek* XIX. p. 120 sq. — Dissent. *Meissner* § 161.), non magis quam sponsae (*Meissner* § 156. — *Glück* XIX. p. 98—106.). Num tribui possit ei, quam vocant putativam uxorem, — *Meissner* § 157. — *Gluek* l. l. p. 107—111.

14) L. 11. C. *de pact. convent.* rel. (V, 14.) — Cf. *Meissner* § 163. — *Gluck* l. l. p. 124 sqq.

15) Nov. 109. c. 1. — *Meissner* § 164—166.

16) Nov. 22. c. 44. § 2. — Cf. *Voet* ad Pand. XX, 2. § 23. — *Heise* Grundr. (ed. III.) p. 59. not. 14. — *Vermehren* Archiv f. civ. Pr. XIII. p. 37 — 40. (nr. 3.). — Dissent. *Marezoll* in *Grolmani Loehriique* Magaz. IV. p. 215 — 223. (nr. 9). — Sed vid. *Mayer* in ephemerid. jur. Tub. T. II. p. 115 sqq. (nr. 7.). et *Kaemmerer* in Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess T. VI. Nr. VII.

17) Nov. 7. c. 3. § 2.

§ 315.

1) *Meissner* § 16. — *Hepp* Arch. f. civ. Pr. X. p. 262 sqq. (nr. a.) et p. 265 sq. (Nr. A.).

plerumque est causa, unde primum nascitur jus creditoris, ut inde ab eo tempore pignus repetatur, licet jam tunc nihil vere debeatur [2]. Quemadmodum autem locatorum pignus non prius incipiet, quam in praedium invectae ibive natae fuerint res [3]: sic contra liberorum in bonis parentum jus pignoris ad id tempus referendum est, quo primum res ad parentes delatae sunt, quas nunc coguntur liberis cedere [4]. Caeterum cum totidem sint singularia jura, quot tacita pignora, sponte sequitur, ut ad alias causas, nisi quae ipsis legum verbis continentur, non debeant proferri. Nullo igitur jure universorum bonorum pignus tribui solet ecclesiis omninoque piis corporibus, porro civitatibus [5], et his quidem omnibus in bonis administratorum, eorumque, qui alioquin debitores ex contractu sint; itemque in furum bonis eis, quibus res subripiantur [6], aliisque quibusdam [7]. Nec magis defendi potest jus pignoris eorum, qui ad rem quamcunque aut emendam, aut reficiendam, aut exaedificandam, aut instruendam, pecuniam aliudve quid crediderint [8], plurium etiam, de quibus accuratius dicere non attinet [9].

§ 316. II) *De pignorum solutione* (*).

Solvitur pignus aut ipsius debiti principalis exstinctione, aut ex causis, quae proprie spectant ad pignoris obligationem. Ex priori igitur causa pignus perimitur, tamquam obligationis accessio [1], quacunque ratione facta sit ejus, quod debetur solutio [2]. Quemadmodum autem, cum novatio fit, retineri potest pignus [3]: sic debiti summo jure amissi in integrum restitutione etiam pignora sponte redintegrantur [4]. In altero genere causarum hae sunt potissimum (cf. § 320. in f. et not. 6.): 1) Conditionis vel temporis, si quod est pignoris so-

2) L. 1. pr. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)—L. 6. in f. C. *de bonis, quae liberis.* (VI, 61.) — Quae quidem legis praecepta, cum a ratione ducantur, non est, quod dubitemus, quin et in similes causas valeant.—At nihilominus de tempore, quonam incipiat valere jus pignoris legitimum, compluribus in causis mirum in modum inter se dissentiunt nostri temporis JCti; ut in ejus causa, qui ad aedes reficiendas mutuam pecuniam dedit (*Hepp* Arch. f. civ. Pr. X. p. 274 — 276. nr. 2. — *Mayer* in ephem. jur. Tub. T. II. p. 77. in f. sq.—*Zimmern* in ephem. Erl. T. V. p. 248.), in causa legatariorum (*Gluck* XIX. p. 169 sqq. — *Hepp* l. l. p. 276—280. nr. 5. — *Mayer* l. l. p. 78 — 81.), fisci (*de Schroeter* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. p. 339 sq. nr. II. — *de Buchholtz* qui pot. sint in pign. p. 44. in f. sq.), eorum, qui sub tutela sunt (*Gensler* Archiv f. civ. Pr. Nr. XXVII. nr. 1. — *Glück* XIX. p. 139 sqq.), liberorum in bonis vitrici (*Hepp* l. l. p. 267—269. nr. 1. — *Mayer* l. l. p. 76. — *de Buchholtz* l. l. p. 64.), ecclesiae in emphyteutae bonis (*Hepp* l. l. p. 272 — 274. nr. 3. — *Mayer* l. l. p. 77.).

3) L. 11. § 2. D. *qui pot. in pign.* — L. 5. C. *h. t.* (cf. § 308. not. 15.)

4) L. 6. § 2. C. *de sec. nupt.* (V, 9.) — Cf. et Nov. 22. c. 44. § 6. — Cf. *Hepp* l. l. p. 270 — 272. (nr. 2.) et *Mayer* l. l. p. 76. in f. sq.

5) Vid. L. 2. C. *de jure reipubl.* (XI, 29.) — Caeterum aliud *Constantinus* beneficium impertivit civitatibus, quod quidem persimile esse pignoris juri negari nequit; de quo vid. L. 2. C. *de debitorib. civit.* (XXXI, 32.)—Cf. *Meissner* § 190. — *Glück* XIX. p. 86 sqq.

6) Vid. *Carpzovii* Pr. rer. criminalr. Qu. 80. nr. 119.

7) Vid. omnino *Meissner* § 189—205.

8) Quod quidem jus vulgo repetunt ex L. 5. in f. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) (« — si in rem — conservandam impensum est, veluti *si navis fuit obligata*, et ad armandam eam rem, vel reficiendam ego credidero »), tum ex Nov. 79. c. 3. — Vid. *Meissner* § 84. et *Glück* XIX. p. 39—47.

9) Cf. *Glück* XIX. p. 58 — 61. et *Meissner* l. not. 7. laud.

§ 316.

(*) Dig. (XX, 6) *quib. mod pign. v. hyp. solv.*

1) Vid. § 304. not. 1. et L. 43. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — Cf. tamen a) § seq. not. 5. — b) L. 7. § 1. C. *de praescr. XXX vel XL annor.* (VII, 39.) (§ 319. not. 10.).

2) L. 6. pr. D. *h. t.* — L. 3. C. *de luit. pign.* (VIII, 31.)—L. 19. C. *de usur.* (IV, 32.)—L. 11. § 5. D. *de pign. act.* — L. 73. in f. D. *de solut.*—L. 11. § 1. 2. D. *de pign. act.* — L. 18. D. *de novat.* (XLVI, 2.)—L. 4. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) — L. 5. pr. et § 3. L. 13. D. *h. t.*

3) L. 11. § 1. D. *de pign. act.* — L. 3. pr. L. 12. § 5. D. *qui. pot. in pign.* (infr. § 323. not. 8.).

4) L. 10. § 1. D. *quod met. c.* (IV, 2.)—L. 50. D. *de minor.* (IV, 4.)

lutioni praefinitum, eventus [5]). 2) Juris, quod apud pignoris auctorem erat, amissio, eaque talis, quae etiam onera rei imposita perimat [6]). 3) Rei pignori suppositae interitus [7]). 4) Confusio [8]). 5) Praescriptio, cum ea, quae ipsius rei dominium efficiat [9]), tum vero, quae excludat hypothecariam actionem (§ 319.). 6) Remissio [10]), quae quidem et tacite fieri potest [11]). Quodsi alia etiam accipitur cautio, sive pignorum, sive fidejussorum, pignus non videtur esse remissum [12]), nisi in haud dubie agitur, ut in veteris cautionis locum nova succedat [13]). Nonnunquam etiam 7) rei oppigneratae alienatio perimit pignus, cum ex ratione juris communis [14]), tum ex ejusmodi causis, quae singulari jure constitutae sunt [15]).

TIT. III. DE PIGNORIS JURE.

§ 317. I) *Jus creditoris in ipsa re pignerata.—Generalis hujus juris definitio.*

Quoniam cum in finem fit pignoris obligatio, ut suum sibi creditor consequatur, hoc jus sponte inesse pignori nemo non intelliget, ut creditor, nisi justo tempore ei satisfactum sit, incumbere rei obligatae eamque distrahere possit [1]). Propter quod actiones ei comparatae sunt, aut in rem aut in personam (§ 319.). Nec vero plerumque eo prohibetur debitor, quo minus ipse aut ad alios transferat rem oneraque ei imponat [2]), aut reliquis utatur juribus, quae insunt domi-

5) L. 6. pr. D *h. t.*

6) L. 4. § 3. D. *de in diem add.*(XVIII,2.)—L. 3. D. *h. t.* — L. 31. D. *de pign.* — L. 1. C. *si pign. pignor.* (VIII. 24.)—L. ult. § 3. C. *comm. de leg.* (VI, 43.)(cf. § 271. not. 9.).

7) L. 8. pr. D. *h. t.*—L. 13. pr. L. ult. D. *de pign.* — L. 21. D. *de pign. act.* — Cf. § 306. not. 4. 5.

8) Cf. § 303. not. 2. — Neque vero perpetua est regula, scil. exstingui pignus, dominii rei translatione facta ad creditorem. Nam vid. supra § 305. not. 11.

9) Quod quidem secus erat in rerum usucapionibus. L. 44. § 5. D. *de usurp.*(XLI,3.)— L. 7. C. *de pign.* — Sed vid. § 261. not. 10. et § 268.—Cf. *Unterholzner* ausführl. Verjähr. Lehre II. § 249. nr. 1.

10) L. 5. pr. D. *h. t.* — L. 23. C. *de pign.* (VIII, 14.)—T.T.C. *de remissione pignor.* (VIII, 26.) — L. 7. pr. L. 8. § 1 — 5. D. *h. t.*

11) Velut a) rem oppigneratam vel pignoris cautionem reddendo (L. 7. et 9, C. *h. t.* — cf. L. 2. in f. L. 3. D. *de pact.*), tum etiam legando eam debitori (L. 1. § 1. D. *de lib. leg.* XXXIV, 3.). — b) Permittendo pure ac simpliciter, ut alienatio rei fiat (L. 158. D. *de reg. jur.* — L. 4. § 1. L. 8. § 11. D. *h. t.* — L. 2. C. *h. t.*—cf. § seq. not. 2.), dummodo alienatio et vere facta sit, et jure valeat, nec rursus ab ea recedatur (L. 8. § 6. et § 11. in f. *h. t.* — L. 4. § 2. L. 10. pr. *eod.*), tum etiam intra concessionis leges steterit debitor (L. 8. § 14. 17. et 18. D. *h. t.*), — eatenus quidem, quatenus eas servari omnino ad creditoris intersit utilitatem (L. 8. § 13. *eod.*). — Caeterum iste quoque creditoris consensus tacite potest significari (L. 8. § 15 in f. *eod.*); sola vero ipsius praesentia ac silentium plerumque non est consensus loco (L. 8. § 15. *eod.*; except. vid. L. 1. 6. 8. 9. C. *h. t.*). — Quemadmodum autem, alienatione factâ, creditor repellitur, etsi nondum res tradita sit (L. 8. § 12. *eod.*): sic nec eo pignus convalescet, quod aliquando res in debitoris dominium redierit. L. ult. C. *h. t.* — (cf. L. 8. § 7. et 8. D. *h. t.*). — Dissent. *Vermehren* Arch. f. civ. Pr. XIII. Nr. 11. 1. (p. 29 sqq.). — c) Consentiendo in ulteriorem rei obligationem. L. 12. pr. D. *h. t.* — L. 9. § 1. *eod.* — Caeter. vid. L. 12. §. 4. D. *qui pot in pign.* « Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor, alii obligari hypothecam, an ut orde servetur, et prior creditor secundo loco constituatur. » Cf. *Hofacker* princ. jur. R. Germ. § 1227. — *Glück* XIX. p. 429—436.—*Vermehren* l. l. p. 33 sqq. (nr. 2.). — At in omnibus hujusmodi causis protestatione interpositâ impediri potest, quo minus creditor pignus remittere videatur (cf. § 98. not. 4.).

12) Arg. L. 6. § 1. 2. D. *h. t.* — L. ult. C. *de novat.* (VIII, 42.)

13) L. 5. § 2. L. 14. D. *h. t.* — L. 9. § 3. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — *Glück* XIX. p. 420. not. 6. — *Vermehren* l. l. p. 42 sqq. nr. 4.).

14) a) L. 3. C. *de his, qui in prior. cred. loc.* (VIII, 19.) — b) L. 6. C. *h. t.* (VIII, 26.)

15) a) L. 8. C. *h. t.* (VIII, 26.) — b) L. ult. § 5. sqq. C. *de jure delib.* (VI, 30.)

§ 278.

1) T. T. C. *debitorem venditionem pignoris impedire non posse.* (VIII, 29.) — Nec vero cogi creditor potest, ut *ipse* pignus vendat. L. 6. pr. D. *de pign. act.*—L. 15. § 5. D. *de re jud.* (XLII, 1.) —Cf. *Westphal* § 190.

2) L. 12. C. *de distr. pign.* (VIII, 28.)—Nov. 112. c. 1. — Cf. et § 316. not. 11. nr. b. — Caeter. vid. a) L. 3. D. *de manumiss.* (XL, 1.) — L. 4. L. 27. § 1. D. *qui et a quib. manum.* (XL, 9.) — L. 3. et

nio [3]. Caeterum individua est pignoris causa [4], hac quidem potestate, ut partis facta solutione nihilominus totum maneat pignus obligatum [5], usque adeo, ut nec inter plures ejusdem pignoris aut creditores aut debitores dividatur pignus, licet ipsa obligationis causa inter eos divisa sit [6].

§ 318. A) *De jure pignoris in re corporali constituti, eoque 1) ordinario.* a) *Jus distrahendi* (*).

Venduntur pignora simulatque solutionis dies venit et debitor, legitimo modo interpellatus, sine justa causa cessat [1]), hoc pacto, ut, si forte temporibus divisa est obligatio, nisi aliud actum esse manifesto appareat, plerumque jam vendi possit pignus, si qua pecunia sua die soluta non est [2]). Nec possidenti solum, sed ei quoque, qui non possidet, pignus licet vendere [3]). Potest etiam creditor, aut plurium rerum aut generali pignore constituto, quas voluerit res vendendas eligere [4]), praeterquam eas, quae aut lege, aut privatorum arbitrio exceptae sunt [5]). Porro modus quidam et certus ordo pignoribus distrahendis praescriptus est, utique iis, quae judicati exsequendi causa (§ 153. not. 18.) capiuntur [6]). Jam vero

4. C. *de servo pign. d. manum.* (VII, 8.) — L. 6. et 9. D. *qui pot. in pign.* — b) L. 19. § 6. L. 66. pr. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — Cf. *Westphal* § 20. (Vid. supra § 262. not. 16. et § 306. not. 6.) — c) § 321. not. 4.

3) a) L. 21. § 2. D. *de pign.* — b) L. 1. 3. C. *de pign. act.* (IV, 24.) — c) Retinet etiam vindicationem rei, quatenus ea contraria non est creditoris juri. L. 9. C. *de pign.* — Cf. *Gluck* XVIII. p. 180.

4) Vid. l.l. not. sqq. excitt. et *Averanii* interpr. II, 12. nr. 17 sqq. — A qua regula nec recedit L. 1. C. *comm. de leg.* (§ 315. not. 6.), siquidem statim ab initio nihil obligatur honoratis, nisi ea bonorum pars, quae ad oneratos perveniat; *Gluck* XIX. p. 176 sqq. — Cf. § 224. not. 7. — Dissent. *Gesterding* Ausbeute III. p. 197 sqq.

5) L. 6. C. *de distr. pign.* — L. 2. C. *debitor. vendit. pign. imp. non posse.* — L. 19. D. *de pignor.*

6) T. T. C. *si unus ex plurib. heredib. creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit.* (VIII, 32.) — L. 11. § 4. D. *de pign. act.* — L. 65. D. *de evict.* (XXI, 2.) — L. 1. 2. C. *de luitione pignor.* (VIII, 31.) «Intelligere debes vincula pignoris durare, actione personali submota..» — Cf. *Auctoris* Cession p. 329 sq. (ed. 2.). — Caeter. vid. *Francke* civilist. Abh. p. 78 sqq. et *Rosshirt* Zeitschr. p. 170.

§ 318.

(*) Dig. (XX, 5.) — Cod. (VIII, 28.) *de distractione pignorum.* — *W. Müller* civilist. Abhandl. I. Nr. III. — Caeterum et incorporalia pignora venduntur, et complura ex his, quae hoc in loco praecipiuntur, in illas quoque venditiones conveniunt. Quoniam autem quae propria sunt rerum corporalium venditionibus commode separari a communibus regulis nequeunt, veterum rationem sequendam esse putavimus, qui similiter solent ita hunc locum tractare, quasi de sola corporalium rerum venditione quaeri possit.

1) L. 4. D. L. 7. 8. C. *h. t.* — Cf. *de Wening* Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. I. Nr. XVIII. (p. 353 sqq.). — *Müller* l.l. § 4. p. 104 sqq. et *Fritz* ad *Wening* II. p. 459. in f. et sqq. — *Bopp* Archiv f. civ. Pr. T. XIV. Diss. XII.

2) L. 8. § 3. D. *de pign. act.* — Cf. *Ulr. Huber* Eunom. Rom. p. 558 sq. — *van de Water* obs. jur. rom. II. c. 19. — *Püttmann* opusc. Syll. p. 176. — *Gesterding* p. 178 sq. — *Müller* p. 99 sq. — De eo, an debitum liquidum esse necesse sit vid. *ibid.* p. 101 sq.

3) L. 7. pr. et L. 13. D. *h. t.* — Cf. *Gesterding* p. 139 — 143. — Et posterior creditor pignus vendere potest (L. 15. § 5. D. *de re jud.* (XLI , 1.) scil. salvo jure prioris creditoris. — *Bopp* Zeitschr. f. civ. et Proz. III. Nr. XII. et Archiv f. civ. Pr. T. XV. Nr. XVII. — Dissent. *de Loehr* Archiv f. civ. Pr. T. XIV. Nr. VII. — Cf. et *Sintenis* pfandrechtl. Streitfragen p. 122 — 135. (Vid. inferiorem Sphi partem et § 334. not. 16.).

4) L. 8. D. *h. t.*

5) Vid. § 308. not. 12. 13. 14. 16. — Add. L. 9. C. *h. t.* et L. 2. D. *qui pot. in pign.* «Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex caeteris pecuniam suam redigere possit. Quodsi ea conventio prioris fuit, ut ita demum caetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset: deficiente *secunda conventione*» (i. e. pacto adjecto propter generalis pignoris sufficientiam inutili effecto) «secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenietur.» — E magno scriptorum numero, qui huic loco, omninoque argumento proposito, operam dederunt, inprimis conferendi sunt: *Cujacius* ad Lib. 3. resp. Papin. (opp. posth. ed. *Fabr.* T. 1. P. 2. p. 126 sqq.). — *Id.* obs. XI, 32. — *J. F. Wordenhoff* D. de concursu et collis. utriusq. hyp. t. general. t. special. (In *Oelr.* nov. th. diss. in ac. belg. Vol. I. P. 2. Nr. 11.). — *Westphal* § 35. et 41. — *A. D. Weber* Beitr. z. stillschw. Pfdr. nr. 2. (Vers. p. 117 sqq.). — *Glück* XVIII. p. 235—251. — *Thibaut* Arch. f. civ. Pr. T. XVII. Nr. I. — Cf. et § seq. not. 8. et § 308. not. 12. h.

6) L. 15. § 2. D. *de re jud.* (XLII, 1.)

pignora capta post duos menses ex magistratus auctoritate venduntur[7]; caetera et privatim et proscriptionibus factis vendere licebit creditori[8], scil. hoc pacto, ut debitori testato denuntiet ac deinde etiam per biennium expectet solutionem[9]. Praeterea in vendendo pignore creditor non solum sine fraude agere, verum etiam ad instar procuratoris diligentiam debet adhibere[10]; nec fere ipse rem pigneratam emere sibi potest[11]. Quodsi emtorem nullum probabilem res inveniat, tum aut missionem per magistratum, aut dominium per principem impetrare poterit creditor[12], sic tamen, ut, extra captorum pignorum causam, non nisi iterata denuntiatione dominium creditor impetret, tum etiam debitori jus sit, intra biennium exsolvendo pecuniam, rem suam recuperare[13]. Facta vero venditione, si quid forte supererit, id, postquam satisfactum est creditori, reddatur debitori[14]. Transfertur autem jus ad emtorem ejusmodi venditione omne id, quod fuit penes debitorem[1], qui quidem plerumque nec redimendae rei facultatem habet[16]. Quodsi vero non jure facta fuerit venditio, rem poterit debitor vindicare[17], sin negligenter aut dolo malo actum sit, nunc adversus creditorem ad damnum datum resarciendum, nunc ad restituendam rem adversus emtorem actionibus in personam aget[18]. Evictionis autem nomine creditor, qui quidem *jure creditoris* vendidit, non tenetur emtori[19], praeterquam aut ex pacto, aut ex dolo, aut propterea etiam, quod potentius est jus aliorum creditorum[20]. Caeterum venditione jus pignoris tollitur, et ejus, qui vendidit, et aliorum creditorum, qui aut inferiores illo sunt, aut programmate admoniti, cum praesentes essent, jus suum persecuti non sunt[21], sic tamen, ut creditor, qui ex rerum venditarum pretio aut nihil aut minus debito sine sua culpa abstulerit, jus suum retineat adversus debitorem[22], tum etiam impensarum necessariarum restitutionem jure petat[23].

§ 519. b) *Pignorum persecutio.*

Pignoris persequendi causa I) in rem actio (Serviana et qu. Serviana, hypothe-

7) L. 2. C. *si in causa jud. p. capt.* (VIII, 23.) — *Müller* l. l. § 15 — 17. p. 127 sqq. — L. 21. D. *de re jud.* coll. cum L. ult. § 1. C. *de usur. r. jud.* (VII, 54.) — *Muller* l. l. § 14. p. 124 sqq.

8) L. 3. pr. C. *de j. dom. impetr.* (VIII, 34.) — Cf. L. 4. et 9. C. *h. t.* — *Gesterd.* p. 151 sq.

9) L. 3. § 1. C. *de j. dom. impetr.* (Cf. L. 4. C. *h. t.*) — Cf. *Müller* l. l. p. 105—108. — De jure antiquiori vid. *Pauli* sent. rec. II. Tit. V. § 1. — Cf. et § 521. not. 3.

10) L. 4. 9. C. *h. t.* — L. 22. § 4. D. *de pign. act.* — L. 3. C. *si vend. pign. agatur.* (VIII, 30.) — L. 29. in f. D. *de fam. erc.* (X, 2.)

11) L. 10. C. *h. t.* — L. 34. D. *de pign. a.* — L. 2. C. *si in c. jud.* (VIII, 30.)

12) a) L. 3. C. *de exsec. rei jud.* (VII, 53.) — b) T. T. C. *de jure dom. impetr.* (VIII, 34.) — L. 3. C. *si in c. jud. p. capt.* (VIII, 23.) — Cf. L. 24. pr. D. *de pign.* — L. 63. § 4. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — *Muller* p. 114 sqq. — *Fritz* p. 481 sqq.

13) L. 3. § 2. 3. C. *de j. d. impetr.* — Cf. etiam L. 3. § 4. *eod.* cum L. 15. § 3. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 3. § 5. C. *de j. d. impetr.* — *Muller* § 11. 12. — [Quodsi nullus pignoris judicialis emtor probabilis inveniatur vid. L. 15. § 3. D. *de re jud.* — L. 2. et 3. C. *si in causa jud. pign. capt.* (VIII, 23.) — *Muller* § 18. p. 131 sqq. — E. G.]

14) L. 24. § 2. D. *de pign. a.* — L. 31. in f. D. *de re jud.* — L. 7. D. *de pign. act.* — L. 35. pr. *eod.* — Cf. L. 12. § 5. D. *qui pot. in pign.*

15) L. 46. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — L. 12. et 18. C. *h. t.*

16) L. 2. C. *si antiq. cred.* (VIII, 20.) — Exc. a L. 13. pr. D. *de pign. a.* — L. 7. D. *h. t.* — *Auctoris* Cession p. 79. (ed. 3.) — b) L. 2. 5. 6. D. *h. t.* — c) L. 3. § 3. C. *de j. dom. impetr.* — d) L. 7. § 1. in f. D. *h. t.*

17) L. 5. et 8. C. *h. t.* — L. 2. C. *si vend. p. ag.* (VIII, 30.)

18) L. 4. 7. C. *h. t.* — T. T. C. *si vend. pign. ag.* (VIII, 30.) — *Glück* XIX. p. 392 sqq.

19) L. 11. § 16. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 1. *creditorem evictionem pignoris non debere* (VIII, 46.) — L. 10. D. *h. t.* — L. 38. D. *de evict.* (XXI, 2.)

20) L. 59. § 4. D. *mand.* (XVII, 1.) — L. 2. C. *cred. evict. pign. n. debere* — L. 1. *eod.* — Cf. L. 8. C. *qui pot. in pign.*

21) L. 26. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — Cf. § 316. not. 14.

22) L. 9. D. L. 3. C. *h. t.*

23) L. 29. in f. D. *fam. erc.* (X, 2.)

caria, in r. a. pigneratitia) [1]) comparata est creditori adversus quemcunque rei obligatae possessorem, eum quoque, qui propter dolum fingitur esse possessor [2]), ad rei possessionem restituendam cum omni causa [3]). Nam ut debitum exsolvatur agi non potest, nisi adversus ipsum debitorem, sic tamen, ut etiam extraneus rei possessor solvendo pecuniam actione liberetur [4]). Nec plerumque haec actio prius datur, quam solutionis tempus praeteritum sit [5]), praeterquam si periculum adsit rei amittendae [6]). Actor autem, obligatam sibi esse rem utique probare necesse habet, ac praeterea etiam, si quidem adversus alium creditorem agit, de eo, sibi esse potentius jus, sin adversus extraneum pignoris possessorem, eumque talem, qui jus suum non ducit ab ipso pignoris auctore, etiam de jure debitoris, ejusve, cujus voluntate data est hypotheca, judici debet fidem facere [7]). Exceptiones vero, quae agentibus obstant, hac sunt potissimum: 1) excussionis, aut personalis aut realis, ut ajunt, exceptio. Ac prioris illius haec est vis, ut primo creditor debitori, heredibusve ejus aut fidejussoribus, judicio extorquere cogatur pecuniam [8]). Realis vocant excussionis exceptionem, qua utitur possessor adversus eum, cui et generale et speciale pignus constitutum est, hac quidem vi, ut primo loco creditor speciem oppigneratam excutere necesse habeat [9]). 2) Doli s. cedendarum actionum exceptio, quae tamen non nisi ei competit, qui ex justa causa ac bona fide pignus possidet [10]). 3) Praescriptionis exceptio, scil. tempore exclusam esse hypothecariam actionem. Praescribitur vero hypotheca-

§ 319.

1) § 7. I. *de act.*—L. 7. § 12. in f. *comm. div.* (X, 3.) (cf. § 307. not. 4.).—*Büchel* l. l. Nr. IX. p. 97 sqq.

2) L. 16. § 3. D. *de pign.* (XX, 1.) — L. 12. pr. § 7. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.).

3) L. 66. pr. in f. D. *de evict.* (XXI, 2)—Observ. 1) fructus rei peti non posse, nisi qui aut post L. C. percipiantur, aut ante L. C. a debitore percepti sint, atque apud eum heredesve ejus adhuc exstant, aut de quibus, ut pignori essent, nominatim convenerit, quo quidem facto non subsidiaria tantum, ut alias, fructuum obligatio est, tum vero etiam ab extraneo possessore fructus, quos quidem debitor non percepit, peti possunt, dummodo causa eorum jam nata erat apud debitorem, nec bona fide consumti sunt. L. 16. § 4. D. *de pign.* (« — ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. — — Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, *nisi exstent, et res non sufficit.* ») — L. 1. § 2. D. *eod.* — Cf. L. 29. § 1. *eod.* et *Pauli* sent. rec. tl. 5. § 2. — Vid. *Cujac.* ad Papin. resp. Lib. XII. (opp. posth. ed. *Fabr.* I, 2. p. 479 sqq.). Cf. supra § 306. not. 1. atque inprimis, qui ibid. laudatur, *Backe*, cui add. *Huschke* Studien I. p. 369 sqq. — *Büchel* l. l. p. 153. not. 85. — 2) Adversus eum, qui aut nolit restituere aut dolo desierit possidere, litem esse aestimandam; quodsi impediatur tantum possessor, quo minus nunc restituat, cautionibus rem esse expediendam. L. 16. § 3. L. 21. § 3. D. *de pign.* — Cf. *Chesii* differ. jur. 75. (in *Heineccii* jurisprud. R. et Att. II. p. 844.).

4) L. 16. § 3. « *si vero possideat* » D. *de pign.* — L. 12. § 1. D. *quib. mod. pign. solv.* — L. 19. C. *de usur.* (IV, 32.) — Cf. *Glück* XVIII. p. 333—344. — Vid. et L. 28. pr. D. *de pign. act.*

5) Cf. L. 5. § 1. D. *quib. m. pign. solv.* (XX, 6.)

6) L. 14. pr. D. *de pign.* (cf. *Gaupp* de nomin. pign. p. 64 sqq.).

7) L. 23. D. *de probat.* (XXII, 3.) — L. 12. pr. D. *qui pot. in pign.* — L. 18. D. *de pign.* — L. 14. D. *qui pot. in pign.* — Cf. *Gesterding* § 44. et *Glück* XVIII. p. 388 sqq.

8) Nov. 4. c. 2. (cf. *Glück* XVIII. p. 359—369.). — Nec specialis hypothecae possessori haec exceptio denegatur. Dissent. *F. C. Conradi* D. de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non competente (Helmst. 1737.) § 8 sqq. propter Nov. 112. c. 1. — Sed vid. *Westphal* § 278. not. 309. — *Glück* l. l. p. 370 — 376.

9) L. 9. C. *de distr. pign.* (VIII, 28.) — L. 2. C. *de pign.* (VIII, 14.) — Vid. et L. 2. D. *qui pot. in pign.* — supra § 318. not. 5. ibique laudd. script.; quibus add. *Zimmern* in Zeitschr. für Civilr. u. Proc. I. p. 47 sqq. (nr. 1.) et *Puchta* in ephemerid. jur. Erl. T. II. p. 10 sqq. — Neque vero id a singulari jure profectum est, ut multi arbitrantur, (velut *Gesterding* p. 345 sqq., — *Hepp* Archiv für civilist. Praxis tX. Nr. XIX., — *de Schroeter* Zeitschr. f. Civilrecht und Process I. Nr. XVI, 1. p. 327 sqq.), sed communi juris ratione nititur, quoniam semper species derogat generi (L. 80. D. *de reg. jur.*); licet non negaverim, nonnumquam in generali et speciali pignore jungendo aut creditoris commodum spectari (*de Schroeter* p. 232 sqq.), aut id agi, ut specialis rei non nisi subsidiaria sit obligatio, (velut in L. 2. D. *qui pot. in pign.* § 318. not. 5.). — Dissent. *Thibaut* Archiv f. civ. Pr. T. XVII. p. 4 sqq. — Ac ne impp. quidem Severi et Antonini rescriptum (L. 2. C. *de pign.*) e jure singulari esse repetendum censeo, (ut a plerisque fieri videmus), siquidem verba: «*et aequale jus in omnibus haberent*», ad ipsum jus pignoris, non ad petendi ordinem referenda sunt. Quare nullo modo dubitamus, quin cuilibet rei possessori realis excussionis exceptio tribuenda sit. — Cf. *Gesterding* Ausb. IV. p. 42 sqq. et *Thibaut* l. l. p. 19 sqq.

10) L. 19. D. *qui pot. in pign.* — *Auctoris* Cession p. 407 sq. (ed. 2.).

riae actioni aut ordinario tempore, i. e. triginta annorum spatio, aut longiori etiam. Ordinaria praescriptione utitur extraneus rei possessor. Debitor autem possidens, nonnisi post quadraginta annorum spatium excludit hypothecariam actionem; atque eodem jure vivo quidem debitore etiam creditor adversus creditorem utitur, scilicet post debitoris mortem item triginta annorum silentio ad excludendam actionem sufficiente, practerquam si accessione possessionis ex debitoris persona uti velit [11]. Potest etiam 4) eorum nomine, quae utiliter in rem impensa sunt, pignus retineri, scil. ab eo, qui debitor non est [12]. Praeterea II) adipiscendae possessionis interdictum, cujus Salviani est nomen [13], proditum est praedii rustici locatori [14], eorum nomine, quae in fundum inducta, invecta, importata, ibi nata paratave sunt, de quibus inter eum, cujus in bonis essent, et actorem convenit, ut huic pro mercedibus ejus fundi pignori essent [15], adversus quemcunque, qui res obligatas possidet [16], dolove fecit, quo minus possideret, ut judicis arbitrio easdem restituat [17]. Ad cujus similitudinem quasi Salvianum interdictum, omnino omnibus creditoribus, qui hypothecaria uti possunt actione, hodie impertiri solet [18].

§ 320. 2) *De adventitio pignoris jure, eoque a) tali, quod ex rei possessione et vel maxime ex pignoris contractu proficiscatur.*

Creditor, qui in possessione est pignoris, et actionibus utitur, quae ipsius rei tuendae juriumque ad illam spectantium persequendorum causa propositae sunt [1], et rem retinere potest usque eo, donec ipsi satisfactum erit de debito [2]. Pluribus etiam is gaudet juribus, qui ex pigneratitio contractu rem tenet, siquidem et ad interdicta habet possessionem [3], et rei aut evictae aut vitiosae, tum etiam impensarum nomine agit adversus debitorem [4], nec restituere rem debitori cogitur, nisi ea quoque pecunia reddatur vel offeratur, quae sine pi-

11) L. 7. pr. § 1. 2. C. *de pr. 30. vel 40 ann.* (VII, 39.) — *Thibaut* Verj. § 54. — *Unterh.* ausf. Verj. L. II. § 219. II. (p. 284 sqq.). — Cf. *Auctoris* Cession p. 432.

12) L. 29. § 2. D. *de pign.* — Cf. L. 44. § 1. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) — Vid. *Cujac.* ad African. Tr. IX. (opp. prior. ed. *Fabr.* I. p. 1568 sq.).

13) *Gaji* inst. IV. § 147. — § 3. in f. I. *de interd.* ibique *Theophili* paraphr. — Dig. (XLIII, 33.) *de Salviano interd.* — Cod. (VIII, 9.) *de precario et Salviano interdicto.* — Cf. *Zimmern* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. p. 54 sqq. (nr. 5.) — *Thibaut* Arch. f. civ. Pr. XI. Nr. VII. (p. 123 sqq.) ileтumque *Zimmern* Arch. f. civ. Pr. XI. Nr. XV. p. 345 sqq. — *Huschke* Studium des R. R. I. (Berl. 1830.) Nr. IV. p. 337 sqq. — *Fritz* ad *Wening* p. 538 sqq.

14) Salv. interd. jam. rom. jure omnibus tribui, qui habent jus pignoris, multi sunt, qui statuant, velut *Thibaut* l. l. p. 131 sq. — Sed Vid. *Zimmern* Zeitschr l. l. p. 55 sqq. et Arch. l. l. p. 347 — 350. p. 354. — *Huschke* l. l. p. 349 — 363. ibiq. inprimis p. 358 sqq. — *Fritz* l. l.

15) *Huschke* l. l. p. 364 — 378. (nr. 2.) et p. 398.

16) L. 1. § 1. D. *h. t.* — *Theophili* paraphr. l. l. — Dissent., maxime propter L. 1. C. *h. t.*, post alios *v. de Water* obs. I, 14. — *Püttmann* varior. opusc. syll. IX, 6. p. 275 sqq. — *Thibaut* l. l. p. 136 sqq. — Sed vid. *Zimmern* Arch. p. 352 sqq. — *Huschke* l. l. p. 378 sqq. (nr. 3.), qui quidem et ipse dissentire quodammodo videtur (p. 382.), at sententiae suae rationem propius explicat p. 383. 384.

17) *Huschke* l. l. p. 385 sqq. (nr. 4.).

18) *Leyser* spec. 511. med. 5. — Vid. et *Püttmann* l. l. IX, 7. p. 288 sqq. — Cf. *Huschke* l. l. p. 399 sq.

§ 320.

1) L. 4. § 9. D. *fin. reg.* (X, 1.) — L. 11. D. *de damno. inf.* (XXXIX, 2.) — L. 17. pr. L. 30. § 1. D. *ad L. Aq.* (IX, 2.) — L. 87. D. *de furt.* (XLVIII, 2.) — L. 16. D. *de servit.* (VIII, 1.) — L. 9. D. *de n. o. n.* (XXXIX, 1.)

2) L. 1. pr. in f. D. *de pign.*

3) L. 16. § 3. D. *de usurp.* (XLI, 3.) Vid. supra § 237. not. 3. et 5. § 307. not. 2. — Cui etiam conveniens erat, ut debitor rem pignori datam subripiendo furtum committeret, L. 19. § 5. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — § 10. I. *de furt.* (cf. § 317. not. 2. nr. b.). — Potest igitur ex nova obligandi causa rursus concedere rei usum debitori. — Cf. L. 35. § 1. L. 37. D. *de pign. act.* — L. 6. in f. D. *de prec.* (XLIII, 26.)

4) L. 9. pr. L. 31. 32. D. *de pign. act.* — L. 8. pr. *eod.*

gnore debetur [5]). Sunt tamen et peculiares quaedam hujus juris finiendi causae: rei abusus et non praestita cautio damni infecti nomine [6]).

§ 321. b) *De jure, quod ex pactis adjectis oritur.*

Pacta, quae aut hypothecarum conventioni aut pignoris contractui jure ac licito adjiciuntur, vel ad venditiones aut faciendas aut non faciendas spectant, vel de usu rerum obligatarum ineuntur, vel ingrediendae possessionis jus tribuunt creditoribus; quod quidem posterius pactum jam alio in loco tetigimus [1]). I 1) in priore genere sunt, quae certam legem praescribunt venditionibus [2]), tum etiam illa: ut vendere pignus liceat, et rursus, ne liceat. Quorum utrumque, licet proprie nullam habeat vim (§ 317. not. 1.), tamen illud quidem efficit, ut sine ulla debitoris denuntiatione, hoc vero, ut non nisi post trinam denuntiationem vendi pignus possit [3]). Potest etiam pacto constitui, ne liceat *debitori*, pignus vendere [4]). II) Quodsi ita res pignori datur, ut mutuus pignoris usus sit pro credito, i. e. ut creditor re utatur fruatur usurarum vice, ἀντίχρησις dicitur contrahi [5]). Eaque et tacite contrahitur, cum rem fructuosam debitor, qui gratuita pecunia utitur, pignori dat [6]). Jam vero 1) ex tacita antichresi creditor non nisi ad legitimum usurarum modum retinere fructus potest [7]). Quodsi 2) usurarum obligatio exsistit, sola quidem rei traditione non efficitur ἀντίχρησις, sed rationes reddat creditor necesse est, tum etiam fructus aut restituat debitori, aut in usuras et praeterea etiam in sortem accepto sibi referat [8]). Sin vero 3) ea lege res datur, ut mutuus sit et rei et pecuniae usus (quae quidem proprie vocatur antichresis), nihil prohibet, quo minus legitima usurarum quantitas excedatur [9]), nisi aut de certa compensandi ratione inter partes convenerit [10]), aut rem creditor aliis utendam fruendam locaverit [11]). — Atque haec quidem de licitis pactis. Improbatur autem commissoria lex, qua cavetur, ut pignus propter moram debitoris vice solutionis cedat creditori [12]). At quamvis ea prohibitione

5) L. un. C. *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.* (VIII, 27.) — Quod quidem jus ad alios quoque creditores pertinere, ad eos certe, quibus ex conventione res obligata sit, affirmant *Bachov.* (III, 5.), — *Erxleben* l. l. § 201 sqq., — *W. F. Wiese* (resp. *Schroeder*) de retent. pign. tam ob eadem quam ob diversa (Rost. 1780.) § 20. 36 sqq., — *Schrader* in ephem. Tub. II. p. 397., aliique. (Cf. infra § 324. not. 17.) Sed cf. quae de legum et posteriorum et singularium interpretatione supra scripta sunt, maxime § 64. not. 10. 11.

6) a) Arg. L. 24. in f. D. *de pign. act.* (Caet. vid. *Schrader* l. l.) — b) L. 25. D. *de d. inf.* (XXXIX, 2.)

§ 321.

1) § 135. not. 6. et de pacto constituti possessorii § 112. not. 7. — Vid. et L. 11. C. *de pign. act.* (IV, 24.) et *Westphal* § 70. not. 93.

2) L. 3. § 1. C. *de j. dom. impetr.* (VIII, 34.)

3) a) Arg. § 1. I. *quib. alien. lic.* — L. 1. § 1. C. *de j. dom. impetr.* — b) L. 4. et 5. D. *de pign. act.* (cf. *Paulli* sent. rec. II, 13. § 5. et ib. *Schulting*). — *Noodt* ad Pand. XX, 1. § *Postquam de actione* (opp. II. p. 344b.). — *Zimmern* Zeitschr. für Civilr. u. Proc. I. p. 51 sqq. (nr. 3.) — *Müller* civilist. Abhandl. p. 107.

4) L. 7. § 2. D. *de distr. pign.* (cf. § 270. not. 9.).

5) L. 11. § 1. D. *de pign.* — L. 33. D. *de pign. act.* — *Cujac.* obs. III, 35. — *Noodt* obs. II, 9. — *Schrader* ephem. Tub. T. II. p. 397. in f. seq.

6) L. 8. D. *in quib. c. p. tac. contr.* (XX, 2.)

7) L. 8. D. laud. et Basilic. Schol. IV. p. 52. not. a. — *Cujac.* obs. VIII, 17. — Dissent. *Glück* XIV, p. 51 — 57.

8) L. 2. C. *de partu pign. et omni c.* (VIII, 25.) — L. 1. 2. 3. L. ult. C. *de pign. act.* (IV, 24.) — L. 1. C. *de distr. pign.* (VIII, 28.)

9) L. 14. L. 17. C. *de usur.* (IV, 32.) — Neque vero dubitandum, quin manifestam iniquitatem judex emendare atque ad aequitatis bonaeque fidei (§ 28. I. *de act.*) normam ejusmodi causam exigere queat. Cf. supra § 45.

10) L. 1. § 3. D. *de pign.*

11) Arg. L. 14. C. *de usur.* — Aliorum de toto hoc argum. opiniones vid. ap. *Glück* XIV. p. 114 — 125. — Cf. *Seuffert* Erört. II. p. 104 sqq. (Nr. XXI.).

12) L. 3. C. (de pactis pignor. et) *de lege commissoria in pignorib. rescind.* (VIII, 35.) —

non utique omnis rei pigneratae aut venditio aut in solutum datio inter debitorem et creditorem interdicitur [13]), tamen nulla est vis aut venditionis, quae statim in pignore contrahendo sub lege pretii quandoque definiendi fit [14]), aut commissorii pacti in fidejussoris commodum adjecti [15]), non magis quam eorum, quae in fraudem legis fiunt [16]).

§ 522. B) *De jure pignoris in re incorporali constituti* (*).

1) Creditores, qui in emphyteusi vel superficie habent jus pignoris, prorsus simili utuntur jure, ut ii, quibus corporalis res obligata est (§ 305. not. 6.). 2) Is vero, cui usufructuarius jus suum pignori dedit, ejus habetur similis, ad quem ex emtionis aliave ex causa juris illius usus translatus est [1]). 3) Quod si a rei domino pignoris jure servitus constituitur, tum eodem modo, ut alii, quibus servitus debetur, etiam creditor illo jure utetur [2]); quid? quod creditor, qui rusticorum praediorum servitutem pignoris jure habet constitutam, eam vicino vendere potest, scil. si intra certum diem pecunia soluta non est [3]). 4) Nomine oppignerato, ipsa debitoris obligatio pignori obstringitur [4]), hoc pacto, ut, ex quo in mora constituitur debitor [5]), hujus ipsius debitorem denuntiando creditor sibi solvendi necessitate devincire possit, tamquam ex jure cesso [6]). Jam vero nominum distractio dupliciter fit: aut conveniendo debitoris debitorem actionibus, utilibus illis quidem, quibus directis uti poterat primus creditor [7]); aut vendendo nomina, seu aliis eadem rursus cedendo [8]). Quemadmodum autem rei, quae interiit, pignoris obligatio omnino esse nequit (§ 316. not. 7.), sic nominis quoque pignus

J. G. van Musschenbrock Sp. de lege commissoria in pignore. Lugd. Bat. 1752. — *A. D. Weber* Vers. über das Civilrecht Nr. V. — *Glück* XIV. § 869.

13) L. 12. pr. D. *de distr. pign.* — L. 13. C. *de pign.*

14) Constantini enim imp. prohibitione generali in totum derogatur antiquiori juri, cujusmodi est, quod legitur L. 16. § ult. D. *de pign.* — *Weber* l. l. § 7. in f. et § 8. — *Seuffert* Erört. II. p. 98 sqq. (Nr. XX.). — Cujus juris aequitas iis potissimum in rebus manifesta apparet, quarum commerciorum usu mutari subinde solet pretium; quo in genere sunt Syngraphae de pecunia publice debita confectae. — Caeterum dissentit cum aliis *Glück* XIV. p. 96 sqq. et *Seuffert* in Arch. f. civ. Pr. T. XI. diss. XVI. Nr. 1.

15) Qualis proponitur species in L. ult. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — *Weber* l. l. § 7. — Dissent. *Glück* l. l. p. 101 sqq. — *Thibaut* civ. Abh. p. 89. not. 24. — *Gesterding* p. 205 sqq.

16) *Leyser* med. ad Pand. Sp. CLVIII. m. 5. 6. — *Weber* l. l. § 9.

§ 522.

(*) Vide observat. supra § 318. not. *. proposi-tam. — Cf. omnino *Hepp* Archiv f. civ. Pr. T. XIII. Nr. XVIII. et T. XV. Nr. IV. — *Büchel* civilrechtl. Erörter. fasc. III. Marb. 1834.

1) L. 11. § 2. D. *de pign.* (§ 305. not. 7.) — *Büchel* l. l. p. 69 — 99. (Nr. 2.) et cf. supra § 287. not. 1.

2) L. 12. D. *de pign.* — L. 1. C. *si pign. pignori* (VIII, 24.) § *sed si vos.* — *Buchel* p. 88—96.

3) L. 12. D. *de pign.* — Cf. *Gesterding* Ausb. IV. p. 3 sqq. — *Hepp* Archiv f. civ. Pr. T. XV. p. 85 sq. — *Büchel* l. l. p. 74—81. (Nr. A.) et supra § 305. not. 8.

3) Vid. supra § 305. not. 3. et cf. *F. Gesterding* über die Schuldverbindl. als Obj. d. Pfandr. Greifsw. 1812. — *J. H. Bohn* de nominis pignore. Gott. 1818. — *E. T. Gaupp* de nominis pignore. Berol. 1820. 8. — *P. E. Huschke* de pignore nominis, ejus natura et effectu rel. Gott. 1820. — *Auctoris* Cession p. 506—510. (ed. 2.). — *C. H. C. Trotsche* das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers insbesondre von der Verpfändung der nominum. Güstr. 1834. — *Sintenis* pfandrechtl. Streitfr. I. Diss. I.

5) Num etiam medio tempore creditor jure suo uti possit? quaeritur. Vid. *Auctoris* Cession p. 507 sq. nr. 6. — Cf. *Huschke* l. l. p. 35 sqq. et *Gaupp* l. l. p. 60. in f. — 67. — Nobiscum dissent. *Gesterding* l. l. p. 28 sqq.

6) Vid. *Auctoris* Cession p. 190. p. 338. p. 523. nr. a. et scripta *Bohnii, Gauppii et Huschkii* not. 4. laudd.; tum etiam *Pfeifferi* pract. Ausführungen I. Nr. I. — Dissent. *Trotsche* l. l. Sed vide *Auctoris* Cession l. l. et *Sintenis* l. l. p. 12 sqq. — Caeterum de eo, quod differat inter singularis nominis obligationem, illudque, quod universorum bonorum pignore continetur, cf. *Gaupp* p. 55 sqq. et p. 83 sqq. et *Huschke* § 68 sqq. — *Auctoris* Cession p. 509. nr. d.

7) L. 7. C. *de hered. vel act. vend.* (VI, 39.) — L. 4. C. *quae res pign. oblig.* (VIII, 17.) — L. 20. D. *de pign.*

8) Cf. L. 15. § 10. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — Cf. *Huschke* p. 43.

exstinguitur, quoquo modo, juste tamen ac legitime, obligationis facta dissolutione. Quodsi vero res, quae creditori primo debetur, ex corporalium numero est, solutione secundi creditoris jus transit in corporis pignus [9]). At vero 5) in pignoris pignore (§ 305. not. 4.) duplex inest jus. Nam et pignus debitori constitutum secundus creditor persequitur, scil. iisdem actionibus, quibus ille utitur, et simul ipsius nomen obligatum habet, quoniam hoc inter contrahentes agi credibile est [10]). Ac vix est, quod admoneatur, etiam pignoris pignus prioris nominis exsolutione tolli [11]).

§ 323. II) *Creditorum pigneratitiorum concursus* (*).

Quoniam rei alienae invito domino pignus imponi nequit (§ 308. nr. 3.), sequitur, ut nec hi, qui in vendendis rebus dominium sibi reservarunt, nec ii, quibus ejusdem rei et dominium et pignus quaesitum est, pignora in ea re posthac constituta agnoscere necesse habeant [1]). Quod quidem jus tribui nequit his, qui aut hypothecam tantummodo in rerum venditionibus sibi reservarunt [2]), aut quorum jam eo tempore coepit pignus, quo nondum erat res in ejus dominio, a quo caeteri jus suum repetunt [3]), quamvis fieri potest, ut posteriores sint hi, tum ob temporis praerogativam, tum propterea, quod antiquius quidem, at simplex tantum pignus ab eo acceperunt, cui postea demum quaesita est res [4]). Ordinis autem ratio, quo ipsi inter se creditores collocandi sunt, aut ex temporis praerogativa definienda est, aut ex privilegio. I) Ex temporis praerogativa hoc pacto, ut, quo cujusque est antiquius jus, eo plerumque sit potentius [5]). Eaque temporis ratio inter omnes fere [6]) locum habet creditores, inter eos quoque, qui privilegiis utuntur, talibus quidem, quorum non sua vi ac potestate alterum altero potentius est [7]). Quodsi duobus vel pluribus eodem die, sive separatim sive con-

9) L. 18. pr. D. *de pign. act.* — L. 13. § 2. D. *de pign.* — *Trotsche* l. l. § 20. et *Auctoris* Cession p. 346 sq. — Caet. cf. *Sintenis* l. l. p. 25 sqq.

10) L. 1. C. *si pign. pignori dat.* (VIII, 24.) — L. 13. § 2. D. *de pignor.* — De quo loco vid. *Auctoris* Cession p. 333 — 335. — Cf. *Huschke* l. l. p. 27—31. et *Gaupp* l. l. p. 40—48., quos quidem non prorsus habeo consentientes.

11) L. 40. § 2. D. *de pign. act.* — L. 1. et 2. C. *si pign. pignori dat.*

§ 323.

(*) Dig. (XX, 4.) et Cod. (VIII, 18.) *qui potiores in pignore habeantur.* — *A. A. de Buchholtz* qui potiores in pignore sint comment. Regiom. 1829. 8. (cf. et supra § 173.). — *Goeschen* Grundriss § 350 — 352. p. 179 — 188. — Cf. et § 173.

1) Cf. supra § 305. not. 11.—Igitur adversus antiquiores creditores pignoris persecutio, dummodo pignoris jure vinci possunt, adversus posteriores dominii vindicatio locum habet. Quodsi isto modo utile tantum et velut subsidiarium dominium quaesitum est (ut in causis § 305. not. 11. e.), at pecuniam malunt, qui tale habent jus, quam rem ipsam petere, nihil impedit, quo minus etiam privilegio, si quod habent, adversus posteriores creditores utantur. Jam igitur uxor, quatenus dotalium rerum dominium persequitur, utique erit potentior fisco, praeterquam in obligatione Primipili; quo quidem nomine et ipsa dos quodammodo obligata est (L. 4. C. *in quib. caus. pign. tac. contr.* VIII, 15.). Atque id quidem est, quod primipilaris nominis privilegium vocare solent; cf. *Meissner* stillschw. Pfandrecht p. 82 sq. — *Glück* XIX. p. 74 sqq. — *Zimmern* in *ej.* et *Neustetelii* Abhandl. p. 300. in f. sq.

2) *Thibaut* über Pfandseparatisten nr. 2. (civilist. Abh. Nr. XIII. p. 316—320.).

3) *Thibaut* l. l. nr. 1. (p. 311 — 316.). — *Spangenberg* in Arch. f. civ. Pr. T. X. Diss. XIX. et T. XIV. Diss. VI. — *Hepp* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. IV. Diss. III. — *Loehr* Arch. f. civ. Pr. T. XIV. p. 166 sqq. not. 16. — *Thibaut* ibid. Diss. X. — *Waechter* ibid. Diss. XV.

4) *Thibaut* l. l. p. 314 — 316. (cf. supra § 306. not. 12. a. et § 308. not. 13.).

5) Cf. § 169. nr. 3. not. 5. et add. L. 12. § 3. D. *h. t.* — L. 2. 4. 8. C. *h. t.* (cf. L. 11. pr. § 2. et 10. D. *h. t.*). — *de Buchholtz* l. l. c. VII. (p. 56 sqq.).

6) Nam vid. § 312. not. 8. — *de Buchholtz* p. 56. not. 162.

7) a) L. 2. D. L. 6. C. *h. t.* — b) L. 8. D. *h. t.* — c) L. 12. § 1. in f. C. *h. t.* — Nov. 91. c. 1. (Quod quidem secus est in exigendi privilegiorum concursu. L. 32. D. *de reb. auct. jud. poss.* (XLII, 5.) — Cf. et supra § 173. p. 318.

junctim, in solidum tamen, res pignori data est, possidentis est melior causa; sin aut nemo eorum possidet, aut pro parte duntaxat res obligata est, omnes in pignore concurrent[8]). Ac similis est eorum causa, qui aut a diversis non dominis pignus acceperunt[9]), aut diem constituti juris nullum edere possunt, quibus etiam reliqui praeferuntur, utique hi, quorum ex temporis praerogativa pendet jus[10]). Praeterea sponte intelligitur, eum, qui pignus pignoris acceperit (§ 322. nr. 5.), utique praeferri suo debitori[10a]) II.) Privilegiorum ratio, quibus alii aliis sunt potiores, aut in singulari personarum favore posita est, aut in ipsa obligationis causa, aut a forma pendet juris constituti[11]). 1) Ex priori illa causa caeteris praeferendi sunt creditoribus: a) fiscus (§ 314, 1.), cum tributorum nomine[12]), tum propterea, quae ex contractu illi debentur, scilicet in bonis, quae post contractum debitores acquisiverunt[13]); b) uxor, ejusque liberi, dotem repetentes[14]). 2) Ex obligationis causa hi, quorum pecunia res debitoris aut comparata, aut refecta, aut servata est, *dummodo omnino habeant jus pignoris*, in ea re potentiores sunt, hoc pacto, ut posteriores praeferantur prioribus, quoniam illorum pecunia salvam fecit totius pignoris causam[15]). Denique 3) ex constitutionis forma potiores habentur, qui publico vel quasi publico instrumento sibi caverunt (§ 310.). Inter omnes igitur creditores principem obtinet locum fiscus, quatenus habet privilegium[16]); secundum is, qui ad militiam emendam mutuam pecuniam dedit sibique instrumento, testium subscriptione munito, ut potiorem obtineret locum

8) L. 10. L. 16. § 8. D. *de pign.* (*Glück* XIX. p. 225 sq. et p. 315 sqq. — *Huschke* Studien d. Röm. R. p. 374. — *de Buchholtz* p. 57 sq.). — Cf. L. 13. D. *h. t.* (*Westphal* § 154.)

9) L. 14. D. *h. t.* (cf. L. 18. D. *de pign.*)

10) Cf. *Leyser* med. ad Pand. sp. 486. m. 8.

10a) Vid. supra § 322. Nr. 5. — Cf. omnino *Loehr* Archiv f. civ. Pr. T. XIV. Diss. VII.

11) Cf. *Zimmern* geschichtl. Uebers. d. Pfandprivilegien (in *ejus* et *Neustetelii* Abh. Nr. XI.).

12) L. 1. in f. C. *si propter publ. pensit.* (IV, 46.) — *Meissner* stillschw. Pfdr. § 99. — Neque vero huc pertinet L. 2. C. *eod.* vid. *de Buchholtz* p. 43 sq.

13) L. 28. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.) Nec contraria est L. 21. pr. D. *h. t.* — Quippe ex eo explicandum, quod novatione facta pignora retineri poterant (§ 316. not. 3.); non magis quam L. 2. C. *de priv. fisci.* (VII, 73.); quae ambigua sit, ex Pandectis erit interpretanda. — Caeter. de hoc argum. in primis conferendi: *Hellfeld* opusc. nr. X. — *Westphal* § 164. p. 142. — *Hennemann* üb. d. bevorz. Hyp. d. Fisc. *rel.* Schwer. 1800. — *Dabelow* Conc. p. 204—214. — *Meissner* l. l. § 100—106. — *Unterh.* jur. Abh. Nr. II. p. 59 sqq. — *Glück* XIX. p. 249—267. (cf. *ib.* p. 235—240.). — *Zimmern* l. l. p. 295—300. — *Seuffert* Erört. II. p. 123—130. — *Spangenberg* Arch. f. civil. Praxis XI. p. 455 — 458. — *Waechter* Arch. f. civ. Pr. T. XIV. p. 379 sqq. — *Rosshirt* Zeitschr. I. p. 23 sqq. — *Hepp* ibid. p. 260 sqq. (§ 13.) — *Goeschen* Grundriss p. 180 sqq.

14) L. ult. C. *h. t.* — Nov. 91. pr. et c. 1. — Cf. *Auctoris* Pr. de jure ejus, cui act. cess. cred. p. 35. not. **. — Vid. et *K. A. v. Kamptz* Revis. d. Lehre v. Uebergang d. Brautschatzprivil. auf die Desc. d. Ehefr. Berl. 1811. — A quo dissentit *Loehr* Archiv f. civ. Praxis V, 12. — At vid., quae contra hunc scripsit *de Buchholtz* p. 16 — 27. — Cf. et *Glück* XIX. p. 273 — 288. (De aliis, quae hoc in loco quaeri solent, vid. § 314. not. 11. et 13.)

15) L. 5. § 1. L. 5. 6. 7. pr. D. *h. t.* — L. 7. C. *h. t.* (cf. L. 17. C. *de pign.*). — Nov. 97. c. 3. 4. — Caeter. hanc rationem justo latius profert *Schweppe* Mag. Nr. VI. — Vid. *Zimmern* l. l. p. 282 sqq. — *Seuffert* l. l. p. 118 sqq. — *de Buchholtz* c. IV. p. 27—35. — Cf. *Goeschen* l. l. p. 184 sqq. Nr. III.

16) Arg. L. 1. in f. C. *si propt. publ. pensit.* (IV, 46.) et L. 28. D. *de jure fisci.* (not. 13.). — *Bachow* l. l. IV, 10. — *Zimmern* l. l. p. 103 sqq. — *Seuffert* Erört. II. p. 135 sq. (nr. 3. 1.). — Cum aliis dissent. *de Buchholtz* c. III. p. 10—16. et c. V.; maxime (quod quidem uxorii privilegii causam attinet) propter L. 12. § 1. C. *h. t.* («— sancimus, — — potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint *temporis* privilegio vallati»), — Nov. 97. c. 3. et c. 4. in f. At vero id imperator egit his in locis aliisque (velut Nov. 109. c. 1.), ut constitueret, mulieres praeferendas esse creditoribus, qui temporis praerogativa muniti sunt (cf. *de Schroeter* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. p. 341 sqq. nr. 4.; qui quidem in eo insigniter errare mihi videtur, quod antiquiores ex in rem versione creditores praeferendos esse putat mulieribus. Hoc enim ipso cernitur in rem versionis privilegium, quod posteriores tempore jure sint priores. Cf. in contextu nr. 2. et not. 15.). Caeterum id quidem facile largimur, Legem 3. C. *de primipilo* (XII, 63.) nostrae non suffragari sententiae, cum consequens sit, ut uxor primipili, quae et dominium dotis fisco cedere necesse habeat (vid. supra not. 1. in f.), multo etiam magis in pignoris causa eidem cedat. At etiam primipilaris nominis privilegium novellis constitutionibus esse sublatum, sibi persuadet *de Buchholtz* l. l. c. V. p. 46—49.

nominatim cavit [17]). Cui par est argentariorum privilegium, qui ad rem quamcunque emendam mutuam pecuniam dederunt eamque in rem hypothecam sibi constitui scriptis curarunt [18]). Post eos collocanda erit uxor, quae dotem repetit, liberique ejus, qui etiam praeferunter secundae patris ipsorum uxori, item repetenti dotem [19]); eosque excipiunt, qui pecunia credenda aliis creditoribus salvam rem fecerunt [20]), et deinceps reliqui ita, ut quisque est tempore prior; ratione tamen habita pignorum publicorum et quasi publicorum praerogativae [21]).

§ 324. III) *De successione in creditorum locum* (*).

Successio in jus pignoris duplex esse potest: aut in suum ipsius locum, quod quidem novationibus fit [1]), aut in alienum. Et in alius quidem creditoris jus aut per universitatem succeditur, aut singulari titulo. Itemque hoc aut communi jure fit, ut cedendo [2]), ut legando, aut jure singulari; de quo uno hic quaeritur. Jam vero 1) qui rem obligatam emit, sive creditor est, qui emit, sive extraneus, eorum occupat locum, quibus pretio emtionis satisfactum est [3]); praeterea hoc modo succedit 2) is, cujus pecunia creditor dimittitur, si quidem pactus est, ut in dimissi locum succederet [4]); 3) qui judicio vicit priorem creditorem [5]); 4) is denique, qui jure offerendi utitur [6]). Quod quidem interpretamur creditoris pigneratitii jus, alii creditori solutionem rite ac legitime offerendo in hujus locum succedendi eoque facto suum ipsius jus confirmandi [7]). Adversus omnes autem creditores locum habet jus offerendi, etiam qui remotiori loco distant ab offerente [8]), eos quoque, qui privilegio muniti sunt [9]), aut pignoris jure rem tenent [10]), aut quibus venditum pignus vel in solutum est datum [11]), tum etiam adversus debitoris fidejussores, quorum pecunia ita dimissus est creditor, ut ad ipsos emtionis titulo dominium rei transiret [12]). Necesse autem habet, qui eo jure usurus est, ut alteri creditori pecuniam omnem, in quam pignus obligatum est [13]), rite

17) Nov. 97. c. 4.—Vid. *Glück* XIX. p. 292 sqq. et p. 342. — *de Buchholtz* c. I.

18) Nov. 136. c. 3.— *Kraut* de argent. et nummul. p. 127. — *de Buchholtz* c. II.

19) Nov. 97. c. 3. et c. 4. in f. (cf. not. 16.).

20) Nov. 97. c. 3. (cf. not. 16.).

21) Cf. supra § 310. not. 3. Add. *de Buchholtz* c. VI. p. 53 sqq.

§ 324.

(*) Dig. (XX, 4. Qui pot. in pign. habeantur et) *de his, qui in priorum creditorum loc. succedunt.* —Cod. (VIII, 19.) *de his, qui in priorum creditor. loc. succedunt.* — *G. B. Beckmann* D. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. Gott. 1781. — *Auctoris* Cession § 45. p. 468 — 475. (ed. 2.)—*Linde* Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. V. diss. XX.

1) L. 3. pr. L. 12. § 5. D. *h. t.* (cf. § 316. not. 3.).

2) L. 6. D. *de h. v. a. v.* (XVIII, 4.) — Cf. L. 19. D. *h. t.* — L. 2. C. *de fidejussor.* (VIII, 41.)—Vid. et *Auctoris* Cession § 44. nr. 9. p. 464 — 467.

3) L. 3. C. *h. t.* — L. 17. D. *h. t.* — L. 6. D. *de distr. pign.* —Caeterum similiter hac in causa, ut in sequenti (not. 4.), emtorem pacisci debere, ut dimissorum creditorum locus sibi concedatur, putat *de Buchholtz* l. l. p. 60 sqq.; scil. propter verba L. 3. C. cit.: «ut pretium perveniret ad eosdem».— [Cod. Nap. 1251 § 2.]

4) L. 3. D. *quae res pign. obl. poss.* (XX, 3.) — L. 12. § 8. D. *h. t.* — L. 1. C. *h. t.* - Similis est species L. 12. § 9. D. *h. t.* — *Glück* XIX. p. 373 sq. (nr. 6.) et *de Buchholtz* l. l. p. 67. not. 208. [Cod. Nap. 1250. § 2.]

5) L. 16. D. *h. t.* — *Glück* XIX. p. 377—381. et supra § 173 not. 18.

6) *Haubold* de jure offerendi, ex quo in priorum creditor. locum succeditur. Lips. 1794. et in opusc. T. I. Nr. XII. p. 573 sqq. — Vid. et *Linde* diss. laudat. cum qua cf. A. L. Z. anni 1835. Nr. 72. p. 576.—[Cod. Nap. 1251 § 1.]

7) L. 22. C. *de pignor.*—L. 1. et 5. C. *qui pot. in pign.*

8) L. 16. verb.: *plane cum tertius.* D. *h. t.*

9) L. 10. C. *qui pot. in pign.* — L. 2. C. *h. t.*

10) L. un. C. *etiam ob chirogr. caus.* (VIII, 27.)

11) L. 5. § 1. D. *de distr. pign.*—L. 1. C. *si antiq. cred.* (VIII, 20.)

12) L. 2. D. *de distr. pign.*

13) Nam, ut eam quoque offerat pecuniam, quae sine pignore debetur, compelli non potest. L. un. in f. C. *etiam ob chir. caus.* — *Weber* Versuche p. 197 sqq. § 22. — Cf. not. 17. in f.

offerat, et si is eam accipere nolit, oblatam legitimo modo deponat; quo quidem facto in dimissi locum succedit ipso jure atque ita, quasi ad eum cessione translatum esset prioris creditoris jus [14]). Quamvis autem offerens creditor non in ampliorem pecuniam, quam ipse alteri exsolvit, in hujus locum substituitur [15]), nihilo tamen minus jus suum pignoris ipse sibi confirmat offerendi jure usus, quo id maxime consequitur, ut aut nulla rebus vendendis mora fiat [16]), aut praepropera pignorum venditio impediatur, aut possessionem rei pigneratae offerens consequatur, aliaque, quae accuratius commemorare non attinet [17]). Nec adeo est, quod dubitemus, quin etiam priori creditori adversus posteriorem offerendi jus profuturum sit [18]), licet eorum vel maxime, qui inferiorem locum tenent, inserviat commodis, ad quos etiam, tamquam ad unos, usum illius referre juris nostri auctores soliti sunt [19]). Caeterum non utendo eodem temporis spatio exstinguitur jus offerendi, quo etiam hypothecaria actio tollitur [20]).

14) L. 2. L. 3. § 1. D. *de distr. pign.* — L. 18. D. *h. t.* — L. 1. C. *qui pot. in pign.* — L. 11. § 4. D. *h. t.*—*Gesterding* p. 261—268.— *Auctoris* Cession. p. 469 — 472.

15) L. 16. verb. : *plane cum tertius.* — L. 20. D. *h. t.* — L. 12. § 6. *eod.* — L. 22. C. *de pign.*

16) Quamvis enim omnis creditor, posterior quoque, recte per se quidem pignus vendit (§ 318. not. 3. in f.), tamen negandum non est, alteri per alterum moram controversiasque impediendae venditionis causa fieri posse.

17) L. 1. D. *de distr. pign.* (vid. *Westphal* § 291. not. 211.). — L. 5. pr. *eod.* — L. 8. C. *qui pot. in pign.*—L. 3. C. *si antiq. credit.* (VIII, 20.) — Cf. et *Haubold* l. l. c. 6., qui quidem et pignoris ob chirographarium debitum retinendi causa jus offerendi exerceri posse putat. Quem errorem redarguimus in: Cession der Forderungsr. § 57. nr. 2.

18) *Paulli* sent. rec. II, 13. § 8.—Dissent. *Zimmern* Zeitschr. für Civilr. u. Proc. I. p. 53 sq. (nr. 4.). et *Linde* in diss. laud. et in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. VI. diss. V. —Sed. Vid. *Müller* Archiv f. civ. Pr. XI. p. 386 sqq. (Nr. II.) et *ej.* civil. Abhandl. Nr. II.—*Fuhr* in ephemerid. Erlang. T. XIX. p. 118 sqq.— *Bopp* in *Rosshirt* Zeitschr. T. I. p. 375 sqq.

19) Nam praeter Paulli locum modo (not. 18.) laudatum, nullum invenimus, qui ad prioris creditoris jus referri possit. Neque huc pertinet L. 3. § 1. D. *h. t.* — Vid. *Glück* XIX. p. 356 sqq.

20) L. 7. § 3. C. *de praescr. 30 vel 40 annor.* (VII, 39.)— *Haubold* l. l. c. VII. § 3.

LIBER III.

DE OBLIGATIONIBUS.

Jo. Ortw. Westenberg Dissertationes novem de causis obligationum (opp. T. I. p. 57—176.).—*J. R. Pothier*, Traité des obligations, in Opp. ed. *Dupin*, 1824. T. I.—*K. Bucher* das Recht d. Forderungen. Nach d. neuesten röm. R. Leipz. 1815. ed. 2. 1830.—*E. Gans* üb. Röm. Obligationenrecht (insbes. üb. d. Lehre v. den Innominatcontr.). Heidelb. 1819. (Cf. et *Auctoris* hujus libri censura, Heidelb. Jahrb. de 1821. p. 41—74.)

CAPUT I.

OBLIGATIONUM INDOLES AC SUMMA GENERA.

Inst. (III, 12. [13.]) *de obligationibus.*—Dig. (XLIV, 7.) et Cod. (IV, 10) *de obligationibus et actionibus.*

§ 325. 1. *Obligationis notio, divisio tamquam a fonte duplex, totiusque loci constitutio.*

Obligatio est juris vinculum inter debitorem et creditorem, quo vel ad dandum, vel ad faciendum, vel ad praestandum alter alteri obstringitur [1]). Jam vero si ad obligationum fontem velut legitimum respicitur, aliae civiles sunt, aliae praetoriae obligationes [2]). Quodsi de causa quaeritur tamquam interna, unde oriantur obligationes, duplex potissimum earum proponi solet divisio. Altera, quae a recentiorum, sive philosophorum sive JCtorum, doctrina profecta est; quam quidem sic explicant: Obligationes, inquiunt, vel ex facto nascuntur, vel ex lege s. ex aequitate; et has quidem immediatas vocant, illas vero mediatas. Factorum autem, quae obligationes efficiunt, alia licita sunt, alia illicita. Et licitorum item duae sunt formae: una conventionum, altera simplicium actionum, quae non mutuis conditionibus ineuntur, sed ab uno proficiscuntur auctore. Atque ita quidem recentiores [3]). Altera, quae veteribus debetur obligationum divisio, his verbis traditur: Obligationes vel ex contractu sunt, vel ex delicto, vel ex variis

§ 325.

1) Cf. Pr. I. *h. t.*—L. 3. pr. D. *eod.* (*Hugo* civ. Mag. I, 9. III. 20. V, 3.). Impropria est hujus vocabuli significatio, quae legitur L. 7. C. *de n. n. pec.* (IV, 30.) « — — — per condictionem *obligationem repetere.* »— Verborum *dare, facere, praestare* conjunctio in legum stipulationumque formulis solennis fuit. L. 37. pr. D. *de op. lib.* (XXXVII, 1.)— L. 13. § 6. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Caeterum *dandi* vocabulum proprie quidem ad dominii (sc. ex jure Quiritium) effectionem referri solitum est (cf. L. 25. § 1. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 11. § 2. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 75. § ult. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 103. *eod.* — L. 167. pr. D. *de reg. jur.* — Cf. *Gans* Obligationenr. p. 11 sqq.); *faciendi* ad reliqua, quaecunque in obligationem venire poterant, ut ex actionum formulis manifesto apparet. Nonnumquam et *praestandi* vocabulo propria sua vis tribuitur, velut eum de usu rei praestando quaeritur (L. 15. § 1. et 2. L. 19. § 2. D. *loc. cond.* XIX, 2.), tum vero de eorum praestatione, quae in obligationum sunt accessionibus; quo in genere usitatissimae sunt loquendi formulae: praestare causam, litis aestimationem, satisdationem, casum, dolum, culpam, actiones, similesque (vid. *Brisson.* h. v.). At vix est, quod admoneatur, saepius etiam generali sensu, eoque tali, qui sua natura ac vulgari loquendi usu ipsis insit, haec vocabula a juris nostri auctoribus accipi. Vid. v. c. L. 76. L. 175. L. 218. D. *de V. S.* — Caet. cf. *Goeschen* Grundriss. § 386.

2) § 1. I. *h. t.* — L. 25. § 2. D. *h. t.*

3) Cf. *Weber* nat. Verbindl. § 5. et § 30—38. — *Thibaut* Vers. I, 12. (p. 235—245. ed. 1.).

causarum figuris [4]); idque nomen hujus doctrinae auctores, utpote de antiquioris juris obligationibus exponendis vel maxime solliciti, ad eas potissimum retulisse videntur obligationes, quae aut quasi ex contractu aut quasi ex delicto nasci veteribus visae sunt [5]). Quemadmodum autem non est, quod de natura atque indole utriusque hujus generis obligationum, et quae quasi ex contractu, et quae quasi ex delicto oriri dicuntur [6]), accuratius hoc in libro exponatur, quippe quod jam in primis artis nostrae elementis tradendis absolvi et possit et debeat : sic eum sequi ordinem in toto hocce loco pertractando, cujus in causarum illa divisione, sive recentiorum, sive Romanorum, omnis posita sit ratio, minime nobis esse e re visum est. Nam ista ratione fieri videmus, ut non modo manca sit haec juris nostri pars atque imperfecta relinquatur, verum etiam dissocientur et per plura capita dispergantur, quae re ipsa ac sua natura inter se sint conjunctissima [7]). Nos itaque hanc inibimus viam, ut, prius expositis, quae ad omnem obligationum causam spectant, deinde singulas obligationes, quo id loco cujusque indoles postulat ac ratio, ordine pertractemus, scil. omissis his, quibus jam abunde aliis in locis satisfactum est, tum de obligationum solutione videamus, postremo de iis, quae ex omni obligationum genere quaedam habent admixta, nec ante accuratius tractari possunt, quam reliqua penitus absoluta sunt [8]).

§ 326. II. *De his, quibus obligationum indoles maxima regitur.*

In omni obligatione et personae spectandae sunt, in quas cadit obligatio, et causae, unde nascitur, et materia, in qua versatur. Et quoniam de utroque posteriore genere mox seorsim (Cap. II. et III.) disseremus, nihil superest, quam ut paucissima de personis hoc in loco attingamus. Igitur in obligationibus is, qui alterum velut vinculo tenet obstrictum [1]), creditor appellatur [2]), qui obstringitur, debitor. Fieri autem potest, ut ejusdem obligationis pluris sint rei, i. e. plures aut creditorum aut debitorum personae [3]). Idque dupliciter : aut enim in solidum obligatio ad quemvis pertinet, aut pro rata tantum cujusque parte [4]) ; atque id esse actum, cum in ambiguo res est, semper erit existimandum [5]). Et

4) L. 1. pr. D. *h. t.* (cf. L. 52. pr. *eod.*). — *A. Gu. Cramer* disp. jur. civ. c. 5.—Vid. et not. 6.

5) § 2. I. *h.t.*—Caeter. cf. *G. T. L. Marezoll* de ordine iostit. (Gott. 1815.) p. 38 sqq.

6) Vid. a) Inst. (III, 26. [28.]) *de obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur.*—b) Inst. (IV, 5.) *de obligationib., quae quasi ex delicto nascuntur.* — Cf. *Weber* l. l. § 8—28.

7) Ephemer. jur. Erlang. T. VIII. p. 17 sqq.

8) Jam, quo melius perspiciatur ordinis ratio, systematis adumbrationem subjungamus.

I. Generalia. Cap. I — III.

II. Singulae obligatioonum species.

A. Reddendi obligationes. Cap. IV.

B. Mutuae dandi praestandive obligationes ex consensu. Cap. V—VIII.

C. Faciendi obligatio ex cooseosu. Cap. IX.

D. Dandi obligatio ex lucrativa causa. Cap. X.

E. Obligationes ad poenas solveodas damnaque resarcienda. Cap. XI.

F. Obligationes aliorum jurium tueodorum gratia. Cap. XII.

III. Obligationum exstinctio. Cap. XIII.

IV. De unius obligatioois pluribus reis. Cap. XIV.

V. Obligationum ad alios translatio. Cap. XV.

§ 326.

1) Cf. *Durol* Archiv f. civilist. Praxis VI. p. 421 sqq.

2) Vid. L. 10 — 12. pr. L. 55. D. *de V. S.*

3) Cf. *Cic.* de Or. II, 43. (« Reos autem appello, non eos modo, qui arguuntur, sed omnes, quorum de re disceptatur ») et 79.—L. 5. D. *de duob. reis constit.* (XLV, 2.)

4) L. 2. § 2 sqq. L. 4. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

5) L. 11. § 1. et 2. D. *de duob. reis constit.* (XLV, 2.) — Cf. *Rubo* üb. Theilbarkeit u. Untheilbark. d. Obligat. (Berl. 1822.) p. 98 sqq.

prior illa item esse duplex potest, principalis et accessoria. At de utroque genere suo in loco (Cap. XIV.) accuratius dicetur.

§ 327. III. *Obligationum summa genera* A) *generatim proponuntur.*

Sunt duo obligationum velut summa genera, i. e. omnes obligationes summa quadam ratione amplectentia. Alterum est, quo principales obligationes opponuntur accessoriis. Et principales voco, quae sua vi ac potestate constant, accessorias, quae confirmandis illis tutandisque inserviunt. Atque hae maxime cautionibus continentur (quo in genere sunt pignorum fidejussorumque accessiones), tum vero poenae stipulationibus; de quibus singulis, aliisque obligationibus, quae in accessoriarum numerum merito referuntur, suo quaeque loco plura dicentur [1]). Alterum est obligationum summum genus, quod civiles separat a naturalibus obligationibus. Civiles hoc in loco intelligimus, quae actionibus muniuntur, naturales, quae exceptionibus tantum [2]). A quibus etiam differunt inefficaces [3]), quae quidem civili jure debentur, praetorio non debentur, i. e. exceptionibus eliduntur [4]), tum vero maxime, quas reprobatas nostrae aetatis JCti vocare soliti sunt, i. e. quae naturali jure valent, civili improbantur [5]). Et de unoquoque genere jam singulatim videamus.

§ 328. B) *Speciatim* 1) *de civilibus obligationibus;* a) *simplices et mutuae obligationes* (*).

Simplices obligationes, quae quidem et unilaterales a plerisque vocantur, sunt, e quibus non nisi alteri actio nascitur, ut stipulatio, ut mutuum, ut indebiti solutio, ut furti obligatio; mutuae vero, s. bilaterales, ut vulgo vocantur, e quibus utrique. Itemque has vel aequales dicunt, quae utriusque efficiunt directas actiones, ut emtio venditio, locatio conductio, earumque similes; vel inaequales, unde alteri nascitur directa, alteri contraria actio [1]), ut commodatum, ut mandatum, ut negotiorum gestio, ut tutelae administratio [2]).

§ 327.

1) Cf. praeter eos locos, qui de pignorib. tractant fidejussionibusque, supra § 124. et infra § 340. 341., tum vero, quae de pactis maxime emtionibus adjici solitis Cap. VII. edisserentur.

2) L. 19. pr. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — Cf. L. 7. § 4. D. *de pactis.* (II, 14.) — Nonnumquam etiam disjunctio illa refertur ad originem s. ad fontem, unde manarunt obligationes, hoc, pacto, ut civiles obl. sint, quae ex civili Romanorum jure, naturales, quae ex jure gentium proficiscantur; v. c. L. 84. § 1. D. *de reg. jur.* — L. 5. pr. in f. *de auct. tut.* (XXVI, 8.) — L. 14. L. 15. pr. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. 25. § 11. D. *de her. pet.* (V, 3.) — *Westenberg* de caus. obligat. D. I. C. IV. § 9 sq. — *W. Francke* civilist. Abh. p. 66 sqq. (nr. 1.) — Dissent. *Rosshirt* Zeitschr. I. p. 125. not. 1.

3) L. 13. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — L. 9. C. *ad Sct. Vellej.* (IV, 29.)

4) Cf. L. 3. § 1. et 2. D. *de const. pec.* (XIII, 5.) « Si quis constituerit, *quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat,* i. e. *per exceptionem*, an constituendo teneatur? — Si is, qui *et jure civili et praetorio* debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? »

5) De qua quidem notione non una est nostrae aetatis JCtorum sententia. — Cf. *Westenberg* D. I. de causs. obligat. cap. IV. — *Weber* von d. natürl. Verbindl. § 42—48. — *Bucher* Recht d. Ford. § 10. — Vid. et § 330. nr. 5.

§ 328.

(*) C. Nap. 1103 — 1107. — *Toullier,* Droit civ. franç. VI. nr. 376.

1) Vid. supra § 139. not. 23.

2) Cf. *Hoepfneri* Commentar. § 750. ibiq. *Weberum.* — *Gans* Obligationenrecht. p. 107. in f. — 116.

§ 329. b) *Stricti juris et arbitrariae, tum bonae fidei obligationes.*

Stricti juris, arbitrariarum bonaeque fidei obligationum, quemadmodum nomen notioque ad judiciorum certi et incerti (§ 138. Nr. II.) similitudinem inventum est, sic etiam vis et potestas in illo judiciorum discrimine tota inhabitat. De quo cum satis supra a nobis expositum sit, reliquum est, ut ea modo adjiciamus, quae hunc in locum maxime conveniant. Igitur 1) str. j. obligationes omnino omnes simplices s. unilaterales sunt[1]), quemadmodum pleraeque etiam ex arbitrariarum genere[2]); contra vero b. f. obligationes mutuae sunt omnes s. bilaterales[3]). 2) Str. j. obligationum proprie quidem ea est natura, ut ad dandum reus obligetur[4]). 3) Bonae fidei obligationibus et doli et pacti exceptiones ipso jure insunt[5]), cum in stricti juris obligationibus ne omnes quidem impetrari possent exceptiones[6]). 4) In stricti juris obligationibus, ubi de culpa ac mora, omninoque de damnis omnisque generis accessionibus restituendis atque aestimandis quaeritur, longe aliis res regitur principiis, atque in reliquo obligationum genere[7]). Caeterum 5) e juris rigore, quo antiquitus continebantur str. j. obligationes, nonnihil jam pridem relaxatum est, idque maxime fiebat praetoriarum restitutionum exceptionumque ope[8]), tum vero stipulationum clausulis[9]); quaedam etiam ex his, quae propria essent arbitrariis obligationibus, ipso jure translata sunt ad nonnullas obligationum causas, quae ex civili antiquo jure descenderunt[10]). Plura judiciorum ordine sublato sponte mutata, quaedam etiam a Justiniano innovata sunt[11]), de quibus, cum singulos tantum locos attingant, opportunior infra erit dicendi locus. Jam vero 6) quod ad harum rerum forensem usum attinet, quamvis nec patrio juri prorsus incognitae sunt obligationes et actiones, quae ad str. juris normam ac rationem exigantur, velut obligatio ex cambio proficiscens, tamen cum principiorum ratione, tum vi et potestate toto genere a Romanorum strictis judiciis illae dissident. Neque omnino fieri posse putamus, ut in foris nostris obtineant, quae ex isto actionum discrimine manarunt cum eoque arcte cohaerent juris praecepta. Nam cum complura eorum jam Justiniani aetate ex usu recessissent, alia per compositorum inconstantiam ita inter se confusa essent, ut vix aut ne vix quidem internosci possent principia, quae cuique juris indoli apte convenirent, praeterea stipulatio, utpote praecipua strictarum obligationum effectrix, in desuetudinem pedetentim abiisset : sensim sensimque invaluit, usu vel maxime et consuetudine, ut in om-

§ 329.

1) Vid. § 328. init. — L. 19. D. *de V. S.* — *Gans* Obligationenrecht p. 15. — *Zimmern* röm. Process § 60. not. 11.

2) Cf. *Gans* l. l. p. 161.

3) *Gaji* inst. IV. § 62. - § 28. I. *de act.* — *Gans* l. l. § 5. p. 98 sqq. — *Heffter* ad Gaji inst. IV. obs. XV.

4) Vid. § 325. not. 1. et infra § 343. context. ad not. 8. 9. — *Gans* l. l. p. 11. 15. 22. — *Zimmern* l. l. § 60. not. 1.

5) L. 3. D. *de resc. vend.* (XVIII, 5.) — L. 21. in f. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) — L. 84. § 5. D. *de leg.* I. — L. 58. in f. D. *de her. pet.* (V, 3.) — *Burchardi* Lehre von der Wiedereinsetzung p. 284 — 289. — Cf. infra § 336. 337. et inprimis § 465. not. 7. et 9.

6) Vid. v. c. § 30. I. *de act.* — Cf. infra § 338. not. 10.

7) Vid. infra § 353. not. 4. et locum de damnis resarciendis (Cap. III.), tum supra § 228. nr. 3. — Cf. *Gaji* inst. II. § 280.

8) Vid. supra § 163. 164.

9) Vid. infra § 343. not. 13. 14.

10) *Gaji* inst. II. § 280.

11) a) L. un. C. *de rei uxor. act. in ex stipulatu actionem transfusa.* (V, 13.) — b) L. 1. et 2. C. *commun. de legat.* (VI, 43.)

nibus obligationibus, quae quidem non propriis suis regerentur principiis, bonae fidei aequitatisque ratio haberetur [12]).

§ 330. 2) *De naturali obligatione* (*).

Naturalium obligationum eo vel maxime cernitur vis, quod exceptionem pariant (§ 327. not. 2.), hoc pacto, ut solutum repeti nequeat [1]), tum vero in compensationem veniat, quod natura debetur [2]). Ac praeter ea alia quoque jura conjuncta sunt naturali obligationi. Nam et novari potest naturalis obligatio [3]), et constitui [4]), et pignus admittit, nec non fidejussorem [5]), hac quidem vi, ut et adversus pignorum possessores, et adversus fidejussores actio eo nomine detur [6]). Quemadmodum autem causarum naturales obligationes efficientium non omnium eadem vis est [7]) : sic etiam fieri potest, ut ex ejusmodi causis exceptio nascatur adversus agentes et fidejussoribus et pignorum possessoribus, si quidem aut ex legum prohibitione fit, quo minus actio locum habeat [8]), aut causa naturalem efficiens obligationem non tam novae obligationis constituendae quam veteris tollendae vim habet [9]). Causae autem, unde proficiscatur naturalis obligatio, hae sunt : 1) Conventio ejusmodi, quae ex juris gentium praeceptis recte inita neque legibus probibita est, cui tamen civilis causa deest (§ 342.), nec nova lege actio tribuitur [10]). 2) Personarum inter se nexus ratioque id efficiens, ut, licet nulla inter eas actio locum habeat, tamen non prorsus reprobata sit obligatio; igitur conventio inter eos inita post sublatum illud conjunctionis vinculum, naturalis obligationis vim habere incipit [11]). 3) Pietatis ratio, inter personas vel cognationis vel adfinitatis jure proxime conjunctas intercedens, quae saltim impedit,

12) *N. H. Gundling* de usu practico action. b. f. et str. jur. Cap. II. ibiq. inprimis § 5 sqq. — *P. M. Haselberg* (Pr. *A. Balthasare*) de contr. et actionib. b. f. et str. jur. (Gryph. 1737.) c. 4—6. — Cf. *Weber* ad *Hoepfner* § 751. not. 2. et supra § 138. not. 17. in f. — Caet. vid. *Rosshirt* Zeitschr. I. p. 71 —90. et *de Schroeter* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. VII. p. 391 sqq.

§ 330.

(*) *A. Schultingi* D. de naturali obligat. (comment. academ. Vol. I. Nr. I.). — *A. D. Weber* syst. Entwickelung d. Lehre v. der naturl. Verbindl. u. deren gerichtl. Wirkung. Schwer. 1784. Ed. V. 1811.—Cf. et *Rosshirt* Zeitschr. I. fasc. 2. p. 223 sqq.

1) Vid. § 327. not. 2. et L. 64. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)

2) L. 6. D. *de compensat.* (XVI, 2.)

3) L. 1. § 1. *de novationib.* (XLVI, 2.)

4) L. 1. § 7. D. *de pecun. const.* (XIII, 5.)— Vid. infra § 345.

5) L. 5. pr. L. 14. § 1. D. *de pign.* (XX, 1.) cf. § 304. not. 2. — § 1. I. *de fidejussorib.* — L. 16. § 3. D. *eod.* (XLVI, 1.)

6) Dissent. *Weber* l. l. § 107. et § 114 sqq. — Sed vid. *Theophil.* ad § 1. I. *de fidejussor.* et L. 21. § 1. et 2. D. *eod.* (XLVI, 1.). — L. 95. § 3. D. *de solut.* (XLVI, 3.). — *Auctoris* Cession § 39. nr. II. p. 434. (ed. 2.). — *W. Francke* civil. Abh. (Gött. 1826.) nr. II. — Cf. et supra § 305. not. 2.

7) Vid. context. nr. 3 — 5. — Cf. *Francke* l. l. p. 68. nr. 2.

8) L. 7. pr. L. 9. § 3. D. *de Scto Mac.* (XVI. 6.) — L. 11. D. *de fidejussorib.* (XLVI, 1.) — L. 2. D. *quae res pignori vel hyp. obligari non possunt.* (XX, 3.)

9) L. 43. D. *de solut.* (XLVI, 3.) —L. 60. D. *de fidejussorib.*—L. 32. D. *de pactis.* (II, 14.)—L. 9. § 3. D. *de pign. act.* (XIII, 7.)—L. 13. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* (cf. not. 16.). Vid. et L. 37. D. *de fidejussorib.* De cujus loci interpretatione vid. *Weber* l. l. § 92. (p. 397 sqq. ed. IV.) § 115. nr. 3. (p. 498.).—Cf. et *Francke* l. l. p. 74 sqq. — At, quamvis eodem loco minime habitae sunt et pignorum et fidejussorum obligationes (vid. v. c. L. 30. § 1. D. *ad Leg. Aquil.* (IX, 2.)— L. 2. C. *de luit. pign.* (VIII, 31.) — Cf. *Auctoris* Cession p. 329 sq. et p. 411 sqq. ed. 2.), tamen nec rei natura patitur, nec per locos supra excitatos licet, ut ita intelligamus L. 14. § 1. D. *de pign. et hyp.*, quasi praecipiat: semper, dum duret naturalis obligatio, et pignoris actionem perseverare. — Caeterum de toto hoc argumento etiam cf. *Weber* l. l. § 109—111. et *Francke* l. l. p. 78 —85. p. 101 sqq.

10) Vid. L. 7. § 4. et 7. D. *de pactis* (II, 14.) Cf. § 342.—Caeter. vid. L. 1. § 2. *de V. O.* («——Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit.») — Cf. § 114. not. 7.

11) L. 14. D. *de O. et A.* (XLV, 7.) — L. 32. D. *de reg. jur.* — L. 38. L. 64. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)— Cf. *Bucher* R. d. Ford. § 5.

quo minus, quae aut dotis aut alimentorum nomine data sint, repeti possint[12]). Eademque 4) est obligationum sub die debitarum vis[13]), nec non 5) earum, quae, cum civili jure debitae sint, exceptionibus possunt removeri, iis quidem, quae aut in odium creditorum legibus inductae sunt[14]), aut temporis praescriptione nituntur[15]), aut ex judicis sententia proficiscuntur, qua quidem non jure absolvitur, qui vere est debitor[16]). In reliquis vero omnibus causis, sive exceptionibus perpetuis eliduntur obligationes, sive prorsus improbantur legibus, pro nullis habendae sunt[17]), adeoque, nisi uterque versatur in facto illicito, id, quod per errorem solutum est, repeti potest[18]). Neque dubitamus, quin earum in numero etiam obligationes habeamus, quae ab iis, qui sub tutela sunt vel sub cura, non adhibita tutorum curatorumve auctoritate, incuntur[19]). Caeterum ipso jure naturalis obligatio tollitur eo modo, qui alioquin non nisi per exceptionem tollendae obligationis vim habet[20]).

CAPUT II.

DE OBLIGATIONUM CAUSIS.

§ 331. I. *Conventiones* (*). A) *Conventionis notio.*

Conventio generatim dicitur « duorum vel plurium in idem placitum consensus »[1]), sive etiam : promissio ab altero data, ab altero accepta. Quoniam igitur nulla est conventio, antequam utrimque consensus perfecte atque plene decla-

12) L. 32. § 2. D. *de cond. ind.* — L. 26. § 4. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) et § 211. not. 9. — Similis erat eorum causa, quae operarum nomine libertus, falso se putans obligatum, patrono praestiterat. L. 26. § 4. D. *de cond. ind.*

13) L. 16. pr. L. 17. et 18. D. *de cond. ind.*

14) L. 19. pr. L. 40. pr. D. *de cond. ind.* — L. 9. § 4. in f. D. *ad Sct. Maced.* (XIV, 6.)—L. 3. § 7. D. *quod quisque jur. in alter. statuer.* (II, 2.) (cf. infra locum *de indebiti condictione* § 380. Nr. I.)

15) De qua quaestione, dubia maxime ac controversa, plura dabimus cap. XIII.

16) L. 60. pr. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) et L. 8. § 1. D. *ratam rem haberi* (XLVII, 8.) — Neque vero contraria est L. 13. D. *quibus modis pign. vel hypoth. solv.* (XX, 6.) (« et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur »), utpote quae ex principio supra (context. ad not. 9.) posito explicanda est; ac multo etiam minus L. 56. D. *de re jud.* (XLII, 1.); unde id vel maxime intelligi debet : in jure confessos pro judicatis habendos esse.— Cf. *Cujacius* ad *J. Pauli* Lib. III. Quaest. opp. post. T. II. (ed. Paris.) p. 997 sq. — Caeter dissent. *Weberus* l. l. § 94., more suo commiscens juris naturalis et naturalium obligationum notiones.

17) a) L. 13. L. 66. L. 112. L. 115. § 1. D. *de reg. jur.* — L. 7. § 8. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)— L. 7. § 14. in f. D. *quib. ex causis qui in possession. eatur.* (XLIII, 4.)— b) L. 26. D. *de V. O.* (XLV. 1.) — L. 6. C. *de pactis.* (II, 3.)—Cf. *Weber* l. l. § 68. et 74.

18) L. 54. D. *de cond. ind.* — L. 40. pr. *eod.*— L. 5. D. *de cond. sine causa.* (XII, 7.) (cf. *Weber* § 75. et 77. — Singulas causas ac quaestiones suo quamque loco proponemus.

19) Nam et si jam inter veteres de pupillorum naturali obligatione disceptatum est, et frustra adhuc laborarunt interpretes, ut inter se conciliarent hos locos : L. 1. § 1. D. *de novationib.* (XLVI, 2.) — L. 21. pr. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.)—L. 64. pr. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — L. 41. D. *de cond. indeb.* — L. 59. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)— tamen principiorum rationi, quae universim statuuntur de hujusmodi personarum jure, magis conveniens sit, ut nullo modo tales valere obligationes dicamus, nisi quatenus in commodis ipsorum, qui tutelae subjiciantur vel curae, serviat. — Cf. § 9. et 10. I. *de inutilib. stipulat.* et supra § 178. not. 9. 10.— *Weber* l. l. § 71 — 73. et *Rosshirt* l. l. § 8. p. 150 sqq.

20) L. 95. § 4. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — Cf. L. ult. pr. D. *de jurejur.* (XII, 2.)

§ 331.

(*) Inst. (III, 15. [16.]) *de verborum obligatione* et (III, 19. [20.]) *de inutilib. stipulationib.* — Dig. (II, 14.) *de pactis* et (XLV, 1.) *de verborum obligationib.*—Cod. (II, 3.) *de pactis.*—(VIII, 38.) *de contrah. et committenda stipulatione* et (VIII, 39) *de inutilib. stipulat.* — *G. Noodt* ad edictum Praetoris de pactis et transactionib. lib. sing. (opp. I. p. 419 sqq.).—*J. G. Langsdorfii* Tr. de pactis et contractib. Romanor. et de vero hujus doctrinae nexu atque systemate. Mannh. 1777. (cf. *Hugo* Magaz. I. nr. 18.)— *K. Schmitthenner* die Vertragslehre etc. Giessae 1831.

1) Cf. L. 1. § 2. 3. D. *de pact.* — L. 3. pr. D. *de pollicit.* (L, 12.).

ratus adsit, sponte appareat, dum in nudorum tractatuum, ut vocant, finibus res adhuc versatur, alterum adversus alterum agere non posse, ut perficiatur contractus [2]). Nec si per literas alteri ab altero conditiones propositae sunt, ante est perfecta conventio, quam acceptio facta in notitiam pervenit ejus, qui obtulit conditiones [3]). Quid? quod etiamsi de re ipsa plene inter se consenserunt partes, tamen recedere a placitis cuicunque licebit solennitate nondum observata, si quae est legibus praescripta, ut hominum occurreretur levitati atque imprudentiae, vel etiam inter contrahentes convenit, ut scriptis fieret contractus [4]). Neque vero in imperfectarum conventionum numero habendae sunt, quae de futuro contractu ineuntur; vocant *pacta de ineundo contractu* [5]).

§ 332. B) *De paciscentium personis.*

Quae de paciscentium personis dicenda sunt, primum quidem ad facultatem spectant conventionum ineundarum; deinde ad personae rationem ac qualitatem, qua quis fungitur in conventione ineunda. Atque utrique loco jam abunde a nobis satisfactum est [1]). Denique ad quasnam personas obligatio pertinet ex conventionibus oriunda, quaeritur. Et de hac quoque quaestione ita nobis supra (§ 131.) erat disputandum, ut jam paucissima tantum supersint, quae hoc in loco attingantur. Quamvis igitur secundum jus civile alieno nomine contrahi nequit [2]), nec nisi ad eum, qui conventionem iniit, ad heredesve ipsius, jus atque obligatio ex conventione pertinet [3]), fieri tamen potest, ut solutionis causa extraneus adjiciatur [4]), i. e. id constituatur pacto, ut debitor alii solvendo liberetur [4a]). Neque vero, qui ita stipulatur, agere potest, ut adjecto fiat solutio, nisi aut ipse propter eam rem alii obligatus sit [5]), aut qui adjicitur in descendentium numero sit stipulatori [6]), aut poenae stipulatione confirmetur

2) *Langsdorf* l. l. § 34. [De eo, quod interest inter tractatus et punctationes vid. *Puchta* Handbuch des gerichtl. Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. T. I. § 79—81. (ed. 2.).]

3) Vid. *Hasse* Rhein. Mus. II. p. 371 sqq. — Dissent. *de Wening* Arch. f. civ. Pr. II, 25, [qui ei, cui ab altero conditiones propositae sint, jus tribuit accipiendi. Certe nobis rationi conveniens esse videtur, conventionem esse perfectam, simul atque acceptio intervenerit. Vid. Archiv f. civ. Pr. T. XIX. — E. G.]

4) L. 17. C. *de fide instrum.* (IV. 21.) (cf. § 103. in f.). — Aliter h. l. interpretatur *Glück* Pand. IV. § 292. p. 107.

5) Neque enim, ut quidem a plerisque existimari videmus, ex eo pendet harum conventionum vis, quod ex patrii juris indole nudis pactionibus actiones efficiantur, quandoquidem nullo tempore dubitari potuit, quin aeque valerent conventiones de futuro contractu rite initae, atque de re danda. —Cf. *A. G. Petermann* de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. Lips. 1730.—*Puchta* l. l. § 82.

§ 332.

1) Nam a) de negotiorum contrahendorum facultate vid. § 91. § 102. not. 1.— Cf. et § 178. not. 8—10. § 181. not. 3. 4.—b) Personae autem qualitas, qua quis in contrahendo utitur, duplici ex disjunctionis ratione aestimanda est. Namque et qui principaliter contrahunt iis opponuntur, qui adjumento tantum sunt contrahentibus, velut internuntiis, proxenetis, arbitris (§ 130. not. 3—5.); et ex priori illo genere alii sua sibi negotia gerunt, alii non nisi alienorum negotiorum vicarii sunt. (§ 130. et § 131.).

2) § 131. not. 3. et 4. (cf. quae in fine leguntur ejusd. §. nr. 1.).

3) L. 38. § 17. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 27. § 4. in f. D. *de pact.* (cf. L. 74. D. *de reg. jur.*). —Vid. § 131. not. 4—10. et quae in fine leguntur nr. 2. 3. — Cf. et § seq. not. 3 sqq. — De heredum personis vid. a) L. 15. C. *de contr. v. committ. stipul.* (XIII, 38.) (cf. L. 9. D. *de probat.* XXII, 3.).— b) L. un. C. *ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant.* (IV, 11.)— *Bucher* d. R. d. Ford. § 19.

4) § 4. I. *de inutilib. stipulat.* — L. 56. § 1. D. *de V. O.* et leges not. seqq. laudand. — *Brandis* über den solutionis causa adjectus in Rhein. Mus. T. V. p. 257 sqq.

4a) § 4. I. *de inutil. stipul.*—L. 59. D. *de solut.* (XLVI, 3.)—*Brandis* l. l. § 25.

5) § 20. I. *de inutil. stipul.* — L. 38. § 20 sqq. *de V. O.* —Cf. *Auctoris* Cession p. 92. not. 194.

6) L. 45. D. *sol. matr. dos quemadm. pet.* (XXIV, 3.) (cf. not. 8.).

ejusmodi pactum [7]). At rarius etiam fit, ut ipsi, qui adjiciatur, actiones dentur adversus debitorem [8]).

§ 333. C) *De causa, in qua versantur conventiones.*

Praeter ea, quae de omni obligationum materia cap. seq. dicemus, quaedam hoc in loco praecipienda sunt; haec quidem: 1) Licet omnium rerum commercium esse debeat, quae obligationi subjiciantur, tamen conventio de rebus commercio exemtis inita vim habere potest, eatenus quidem, ut inter ipsas paciscentium personas obligatio ex illa nascatur, actioque [1]). Atque 2) similem habet vim ejusmodi pactum, quod de re aliena invito vel ignorante domino convenit [2]). 3) Factum vero alienum plerumque inutiliter promittitur [3]), hoc pacto, ut nec alius obligetur, nisi heres factus sit promittentis [4]), nec ipse, qui promisit [5]), praeterquam si aut tamquam fidejussor vel correus debendi facti alieni obligationi rite constitutae accedit [6]), aut alium pro ipso fidejussorum constituit [7]), aut aliena negotia gerens, rem ratam habiturum dominum cavet [8]), aut poenae stipulatio conventioni adjicitur [9]), aut se effecturum vel curaturum, ab alio dari fierive, aliquis promittit [10]). Quibus in causis, si non factum fuerit, quod promissum est, vel poenam, de qua convenit, solvere, vel id, quod interest creditoris, praestare necesse habet promittens [11]), dummodo non inter paciscentes actum esse appareat, ut etiam liberetur promittens, per quem non stetit, quo minus efficiatur factum alienum, sive curam operamque frustra ille impenderit, sive omnino nihil in ea re fieri ab eo potuerit [12]). Praeterea 4) non fere fieri potest, ut rei propriae aliquis vel acquirat, vel suscipiat obligationem [13]). Denique 5) praetermittendum non est, nonnullarum rerum, quae quidem in obligatione possint esse, tamen pactis fieri non posse alienationem, velut earum, de quibus lis pendeat [14]).

§ 334. D) *Vis atque indoles conventionum.*

Conventionum vis atque indoles maxime ex earum argumento aestimanda est.

7) § 19. I. *de inutil. stip.* — L. 38. § 17. D. *de V. O.* (« — — Plane si velim hoc facere — » *rel.*) § 21. *eod.* (« — aut si is non dedisset, poenam se daturum stipulatus fuerit — »). — Cf. *Bucher* l. l. § 14.

8) L. 45. D. *de V. O.* — L. 7. C. *de pact. convent.* rel. (V, 14.) — Caet. cf. *Bucher* l. l. § 27.

§ 333.

1) § 5. I. *de emt. et vend.* — L. 4. *de cont. emt.* (XVIII, 1.)

2) L. 28. D. *de contr. emt.*

3) § 3. I. *de inutilib. stipulat.* — L. 38. pr. L. 83. pr. D. *de V. O.* (not. 10.). — L. 65. in f. D. *de fidejussorib.* (XLVI, 1.) — Cf. de tota hacce quaestione: *J. F. de Retes* ad pr. L. 83. D. *de V. O.* (*Meerm.* thes VII. p. 575—585. — *J. N. Hertii* de obligat. alium daturum facturumve disqu. (opusc. Vol. I. P. 3. p. 248 sqq.). — *Gesterding* Irrthümer der Rechtsgelehrten Nr. XI. p. 401 sqq.

4) L. 38. pr. in f. et § 1. D. *de V. O.* — L. 15. C. *de contrah. et committ. stipul.* (VIII, 38.)

5) Vid. not. 3. et cf. *Leyser* med. ad Pand. Sp. 521. m. 7.

6) L. 5. D. *de duob. reis constit.* (XLV, 2.) — Cf. L. 65. D. *de fidejussorib.* — Caeterum hunc ad locum etiam referendae L. 38. pr. et L. 81 D. *de V. O.*

7) L. 14. § 2. D. *de const. pecun.* (XIII. 5.)

8) L. 18. et 19. D. *rat. rem haberi.* (XLVI, 8.)

9) L. 38. § 2. *de V. O.*

10) § 3. in f. I. *de inutilib. stipulat.* — Cf. L. 83. pr. D. *de V. O.* — Cf. scriptores not. 3. excitt. et *Glück* Pand IV. p. 209 sqq.

11) Cf. L. 38. § 2. L. 81. pr. D. *de V. O.* — L. 18. et 19. D. *rat. rem haberi.* — L. 14. § 2. D. *de const. pecun.*

12) Cf. *Leyser* sp. 521. m. 7. 8.

13) L. 45. pr. D. *de reg. jur.* — L. 16. pr. D. *de contr. emt.* — L. 15. D. *depos.* (XVI, 3.) — Caeterum vid. L. 34. § 4. D. *de contr. emt.* — L. 28. D. *de poss.* (XLI, 2.) — L. 6. § 4. D. *de precario.* (XLIII, 26.)

14) Dig. (XLIV, 6.) et Cod. (VIII, 37.) *de litigiosis.* — Nov. 112. c. 1. § 144. nr. 1. not. 21.). — *Auctoris* Cessioo § 29. p. 353 sqq. et § 31. p. 386. sqq.

Unde summa nascitur conventionum divisio in obligatorias et liberatorias, et hae quidem aut in rem aut in personam concipiuntur [1]). Universim autem conventionum vis eo continetur praecepto: esse servanda pacta [2]). Nec igitur resilire a contractu alteri licet invito altero [3]), ne tum quidem, si per alterum stetit, quo minus impleretur promissum [4]), nisi ubi id aut per ipsius naturam contractus licitum est (ut in mandato, ut in precario, ut iis in causis, quibus condictio causa data causa non secuta locum habet) [5]), aut ex legum decreto (ut in societate), aut ex pactis adjectis. Jam vero, cum ex bilaterali contractu agitur, ut impleatur obligatio, is, qui agit aut solutionem alteri offerre necesse habet, aut sua se implesse officia docere [6]), nisi secus fert natura indolesque contractus [7]).

§ 335. E) *Ratio contrahendi* 1) *ex communis juris regulis spectata;* a) *quomodo recte ineantur conventiones.*

Ratio ex jure gentium recte ineundarum conventionum quae sit, satis superque ex iis poterit cognosci, quae de factorum natura et qualitate, deque negotiorum contrahendorum ratione supra a nobis praecepta sunt [1]). E quibus paulum etiam adhaerescamus ei loco, qui est de libero animi judicio (§ 92 sqq.) quippe qui inprimis necessarius sit in conventionum doctrina.

§ 336. b) *Liberae voluntatis impedimenta. α) Vis et metus.*

Jam vero, cum vi metuque adhibito contrahitur, liberatoriae quidem conventiones non nisi per in integrum restitutionem infirmari possunt [1]), obligatorias autem, quamvis et ipsae per se quidem plerumque valent [2]), tamen ordinaria actione, s. ex contractu oriunda, impugnare licet [3]). Nam cum nullus apud nos

§ 334.

1) L. 7. § 8. L. 21. § 1. 2. et 5. L. 22. L. 28. § 2. L. 57. § 1. D. *de pact.* (II, 14.) — Cf. supra § 79. not. 2. — *Noodt* l. l. c. IV.

2) L. 1. pr. D. *de pact.*

3) L. 5. C. *de O. et A.* (IV, 10.) — L. 19. C. *de transact.* (II, 4.) — L. 12. in f. C. *de contr. emt.* (IV, 38.) — Dissent. *Schmitthenner* l. l.

4) L. 8. C. *de contr. emt.* (IV, 38.) — L. 14. C. *de resc. vend.* (IV, 44.)

5) Vid. infra § 344. et § 382.

6) L. 13. § 8. L. 25. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 31. in f. D. *de R. C.* (XII, 1.) — L. 57. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — *J. F. Wahl* de nat. et indole exceptionis implementi non secuti. Gott. 1751. — De probandi onere, cuinam incumbat, tum etiam de discrimine, quod vulgo statuunt inter exceptionem non impleti et non rite adimpleti contractus, non est, quod hic ex professo dicatur. Vid. tamen, quae hac de re collecta sunt a *Glückio* Pand. XVII. p. 228 sqq. — Add. *B. Linde* Abh. aus d. deutsch. gem. Civilproc. (I. Bonn 1823.) Nr. III. p. 88 sqq. — *Heerwart* Arch. f. civ. Pr. VII. Nr. 18. p. 335 sqq. — *Auctoris* Civilproc. § 361. — *A. Lang* über die Einr. des nicht erfüllten Contr. Regensb. 1829. — *Schenck* in Archiv f. civ. Pr. T. XVII. diss. IV. et IX.

7) Vid. v. c. L. 30. D. *loc. cond.* (XIX, 2.)

§ 335.

1) Cf. § 90—98. et § 102. *vers.*: «Quod autem ad voluntatis significationem attinet, — — intelligi possit.»

§ 336.

1) L. 21. § 4. D. *quod met. causa* (IV, 2.). (cf. § 163. not. 5. et *Glück* V. p. 475 sq.)

2) Excipiuntur a) dotis promissio (L. 21. § 3. D. *quod met. caus.*), b) tutoris auctoritas ea, quam vi metuque coactus interposuit tutor (L. 1. § 1. D. *de auct. tut.* XXVI. 8.). — Cf. § 163. not. 1. — Caeterum rationi consentaneum est, ut etiam societas excipiatur. Arg. L. 3. § 3. D. *pro socio.* (XVII, 2.) et L. 57. in f. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) (§ 338. not. 1.) (Vid. § 164. not. 1.)

3) Cf. L. 23. § 1. D. *quod met. c.* et L. 1. C. *de resc. vend.* (IV, 44.) — L. ult. C. *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.* — (Cf. § 163. not. 2.) — At a plerisque affirmatur, ipso jure nullas esse, quae vi metuque extorqueantur conventiones. Verum enim vero quae in jure nostro passim leguntur: *vim et metum, itemque dolum, contraria esse bonae fidei negotiis,* tum etiam: *irrita esse, quae isto modo gerantur,* eorumque similia, nisi diserte adjiciatur: nullius esse momenti ejusmodi negotia, ad jus potius ejus, qui laesus est, referri,

stricti juris obligationum, quales quidem Romanis notae erant, amplius supersit usus (329. nr. 6.), sponte sequitur, ut in iis conventionibus, quae constituendarum obligationum causa ineuntur, ad Praetoris auxilium confugere necesse non sit, quamvis illud hodieque utile esse possit [4]). Nec quicquam interest, utrum ab eo, quocum contrahitur, an ab alio vis adhibeatur [5]), sicut nec admittendum esse videtur, quod a nonnullis proponitur, discrimen inter metum causam dantem atque incidentem [6]).

§ 337. β) *Dolus.*

At in iis, quae dolo malo gesta sunt, haud improbabili ratione distinguitur: utrum id, in quo causa rei potissimum vertitur, dolo sit actum, an id tantummodo, quod non utique est necessarium in ea re, de qua quaeritur [1]), hoc pacto, ut in dolo causam dante pro nihilo habeatur, quod actum sit, contra vero propter dolum incidentem, quem vocant, rato manente contractu, non nisi ad damnum dolo datum resarciendum agi possit [2]). Jam si in necessaria conventionis parte consensus dolo malo impeditus est, id, quod dolo agitur, alias ipso jure nullius est momenti, alias actionibus vel exceptionibus infirmatur in totum. Et prorsus habetur nullius momenti quod actum est, cum aut uterque in dolo versatur [3]), aut dolus est adhibitus ab altero contrahentium vel ad societatem constituendam [4]), vel ad tutoris auctoritatem eliciendam [5]). In reliquis igitur omnibus causis ipso quidem jure valet, quod dolo gestum est, at rescindi poterit, id quidem volente eo, qui dolo circumventus est (not. seq.). Actionibus autem ad impugnandam ejusmodi conventionem plerumque utetur iis, quae ex contractu proficiscuntur [6]), sic tamen, ut, jam impleta conventione, etiam condictione repeti res possint [7]). Ad infirmandas vero conventiones, quae liberandae obligationis causa dolo malo initae sunt, praetoria de dolo actione opus erit [8]), qua

quam ad ipsius obligationis vim, rationi atque aequitati consentaneum est. Nec fere dubitamus, quin idem sentiant scriptores, quibus ipso jure tales non valere conventiones placuit, scil. re nobiscum consentientes, verbis tantum dissidentes. — Cf. v. c. *Noodt* de forma emendandi doli mali c. 16. (opp. T. 1. p. 333.) — *Burchardi* Wiedereinsetzung in den vor. Stand. p. 351—358.

4) Cf. *Klien* Archiv f. civ. Praxis I. Nr. XVI.

5) L. 14. D *quod m. c.* — L. 3. et 5. C. *de his, quae vi metusve causa gesta sunt.* (II, 20.) — Vid. *Schulting* enarr. part. 1. Dig. Lib. IV. Tit. 2. § 5. — *de Jonquières* de rest. in int. Tit. 2. § 23. — Dissent. *Gluck* Pand. IV. p. 179 sq. — [Cod. Nap. 1111.

6) L. 1. D. *quod m. c.* — Dissent. alios secutus, *Gluck* Pand. IV. P. 170 Cf. § seq. not. 1.

§ 337.

1) Caeterum plerumque ita explanare solent hoc discrimen, ut causam dantem dolum dicant, cum quis in eo ipse, ut contrahat, deceptus est, incidentem, cum in conventionis accidentalibus dolus admissus est. — Vid. *D. Nettelbladt* de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu. Hal. 1744. — *Glück* Pand. p. 114. sqq.

2) Cf. inprimis L. 12. § 1. D. *de jure dotium.* (XXIII. 3.) — L. 13. § 4. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 7. pr. D. *de dolo malo.* (IV, 3.) — Vid. Basilic. T. I p. 399. (ed. *Heimbach* I. p. 498 sqq.) — *Glück* Pand. IV. p. 114 sqq. — Caeterum vid. *Noodt* de forma emendandi doli mali c. 3. 7. et 14. — *Domp. de Jonquières* de rest. in int. Tit. 3. § 24. — *L. J. Neustetel* D. bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla (Heid. 1818. 8.) c. 3. et c. 7. p. 38 sqq. — *Burchardi* Wiedereins. in den vor. Stand. p. 343 sqq. — *Schneider* allg. subsidiäre Klagen p. 350 sqq. — Caeterum vix est, quod moneamus, probationem semper ab eo fieri debere, qui causam dedisse contractui dolum contendat.

3) L. 57. § 3. in f. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — Cf. L. 36. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)

4) L. 3. § 3. D. *pro soc.* (XVII, 2.) — L. 16. § 1. D. *de minor.* (IV, 4.)

5) L. 5. § 2. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.)

6) Cf. loci scriptores § 164. not. 3. laudd. et vid. § 336. not. 4.

7) L. 9. pr. D. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 6. D. *de cond ob. turp. c.* (XII. 5.)

8) L. 1. § 7. L. 28. L. 38. D. *de dolo malo.* (IV, 3.) — Cf. et L. 20. § 1. *eod.* — A quo quidem loco dissidere videtur L. 25. D. *eod.* — At vero, cum uterque locus e libro undecimo Pauli ad edict. desumtus sit, non dubitandum est, quin divorsae uno-

quidem in iis, quae contrahendae obligationis causa ineuntur, minime opus est nisi quatenus de damno per dolum dato resarciendo quaeritur [9]). Praeterea, cum ad impugnandum contractum, tum ad damni restitutionem obtinendam etiam exceptio de dolo comparata est ei, qui dolo inductus iniit conventionem[10]). At poterit etiam, cum deceptus adimplere contractum recusat, ipse agere, qui dolum admisit, ut aut stetur contractui, aut ab eo discedatur [11]). Quod si elegerit ille, reddere quidem rem, quam accepit, necesse habet [12]), quo tamen peremtum non potest videri jus, de damno reparando aut agendi, aut excipiendi[13]).

§ 338. γ) *Error, qualem habeat in conventionibus ineundis vim* (*).

Error, si quidem in necessaria conventionis parte impedit consensum, omnem tollit negotii vim [1]); sin id minus, ita res temperabitur, ut, quantum id fieri possit, damnum avertatur ab errantibus [2]). Utrum autem necessarius rei gerendae consensus adsit, nec ne? id plerumque ex ipsa re, quae geritur, statuendum est; at interdum cum ex contractus genere pendet, tum ex eo: num ab uno tantum contrahentium, an ab utroque erratum sit? Ab uno autem tantummodo esse erratum, non solum existimandum est, si alter notum habet alterius errorem, verum etiam si de personae alicujus, vel rei, qua de agitur, conditione aut qualitate alter recte sentit, alter falsam animo imbibit opinionem[3]). Est autem error aut de causa, aut de contractus genere, aut de personis, aut de re, quae in obligatione versatur. Jam vero I) si de causa erratur contrahendi, sive ab uno tantum contrahentium, sive ab utroque, non vitiatur contractus[4]), praeterquam si quis falso se debere putans vel contraxerit, vel solverit [5]). Contra vero II) error de genere contractus semper nocet conventioni [6]). Quodsi III) de personis erratur, idque simpliciter, inutilis est conventio, nisi quatenus ipsa re contractum esse videri potest[7]); sin de personarum conditione s. qualitate, qua quidem haec necessario respicienda est in eo conventionis genere, itidem pro irrito habendum est, quod agitur, sive ad ipsorum contrahentium sive ad extraneorum personas error spectat [8]). Praeterea IV) quod ad errorem attinet circa rem, quae

quoque propositae sint species.—Cf. *J. Nerii* Analector. Lib. II. c. 15. (*Otto* thes. II. p. 346 sq.) et *Desid. Heraldi* de rer. judicatar. auctor. Lib. I. c. 9. § 6. 7. (ib. p. 1120.). — *Schulting* enarr. part. I. Dig. Lib. IV. Tit. 3. § 10. — *Gluck* Pand. V. p. 519 sq. not. 9.

9) L. 18. § 3. L. 20. pr. D. *de dolo malo* (cf. § 164. I. nr. 2.).—L. 1. § 5. *eod.* (ib. nr. 3.).

10) Vid. § 164. contexl. ad not. 22. 23.

11) L. 13. § 27. 28. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) (cf. Vol. I. § 164. not. 1.).

12) L. 11. § 5. D. *de a. e. v.*

13) Nam ne tunc quidem denegatur de damno reparando actio, cum propter publici juris prohibitionem consistere nequit conventio. Vid. § ult. I. *de emt. vend.* — L. 62. § 1. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)—Cf. L. 2. C. *de dolo malo.* (II, 21.) et § 164. not. 5. et 21.

§ 338.

(*) Cf. supra § 95. 96. 165. et scriptores § 95. not. *. laudd. — Add. *F. G. Struve* D. de effectu erroris in contractu emti venditi. Kilon. 1749. — *Thibaut* Vers. II. nr. 4. — *G. L. Kern* de errore contrahentium. Goll. 1806.—*P. L. Kritz* de erroris facti in emt. vend. effectibus. Lips. 1813. — *Richelmann* comment. de facti errore. Goett. 1832. — *Hoffmann* in *ej.* et *Fuhr* civ. Vers. (Darmst. 1835.) Diss. VII.

1) L. 57. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — Cf. § 95. not. 14.

2) Vid. v. c. L. 57. pr. in f. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) (not. 19.). — L. 18. § 1. in f. *de R. C.* (XII, 1.)—L. 4. § 1. *de a. e. v.* (XIX, 1.) *rel.*—Cf. infra not. 11—16. 21. 22.

3) At vid. *Thibaut* l. l. p. 121. (ed. II.) — *Hoffmann* l. l. p. 98.

4) L. 52. L. 65. § 2. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)

5) L. 1. § 1. D. *de cond. indeb.* — L. 5. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

6) L. 18. D. *de R. C.* (XII, 1.) (cf. supra § 250. not. 15. et *Richelmann* l. l. p. 15 sqq. Nr. II.)

7) L. 32. D. *de R. C.* (XII, 1.) — Vid. et infra not. 20. in f.

8) Vid. L. 15. D. *de jurisd.* (II, 1.)—L. 2. pr. D. *de judic.* (V, 1.) — *Thibaut* l. l. Nr. III. — *Hoffmann* l. l. p. 132 sqq.

in obligatione versatur, admissum, si quidem 1) de corpore rei erratur, i. e. uterque de diversis rebus cogitat, utique est nullius momenti, quod agitur [9]; similiter 2) error de rei substantia s. materia in bonae fidei negotiis iisque dominii ususve transferendi causa initis, irritam facit conventionem [10], nisi forte ejusmodi sit res, in qua forma potius respiciatur, quam materia, ut in artificiosis operibus fieri solet. At 3) error circa rei qualitatem ac bonitatem, nisi illius contemplatione contractum est, non impedit conventionem [11], idemque 4) de erroribus dicendum est, qui ad rerum accessiones spectant [12], tum vero, 5) cum alioquin erratur in rei conditione, velut cum commercio rem exemtam esse ignoratur[13], aut de rei dominio error est[14], quamvis his in causis dominii translatio impediatur [15]. Nec magis 6) error de quantitate rerum per se quidem inutilem efficit conventionem [16], nisi aut de quantitate, tamquam de necessaria contractus parte, inter contrahentes convenit, aut de pretii quantitate ita erratur, ut de minore pretio is cogitet, a quo illud solvendum est [17]. Quodsi 7) ignoratur, rem, de qua quaeritur, aut prorsus non exstare, aut amplius parte dimidia esse destructam, non valet, quod agitur [18], utique tum, cum ab utraque parte error intervenit (not. 20.). Caeterum V) id vix est, quod moneamus, errorem in nomine rei ejusve designatione admissum, minime nocere conventioni [19]. De his autem causis, ubi unus tantum contrahentium errore lapsus est, haec etiam praecipienda esse putamus: Primum, eum obligari, qui veram rei conditionem non ignoraverit, ut praestet alteri, quod ejus interest, lapsum non esse, et, si id malit alter, impleat contractum, dummodo et omnino adsit res, de qua quaeritur (not. seq.), et intersit ejus, qui lapsus est, servari contractum [20], et ipse impleat, quod vicissim debet [21]. Deinde, si alter dolo malo alterum errare passus sit, iis esse locum remediis, quae fraude captis comparata sunt [22]. — Caeterum in omni erroris quaestione ejus, qui contrahit, non qui acquirat, spectatur ignorantia [23].

9) L. 137. § 1. D. *de V. O.* — L. 83. § 1. *eod.* — L. 9. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 10. C. *de donat.* (VIII, 54.) — *Richelmann* p. 19 sqq.

10) L. 9. § 2. D. *de contr. emt.* (cf. et L. 11. in f. *eod.* — L. 41. § 1. *eod.* (cf. not. seq.). — De stricti juris contr. vid. L. 22. D. *de V. O.* — Vid. et L. 1. § 2. D. *de pigner. act.* (XIII, 7.) — L. 20. pr. D. *de furtis.* (XLVII, 2.) (not. 20.).

11) L. 10. D. *de contr. emt.* (cf. L. 11. pr. et § 1. *eod.*) — (L. 14. *eod.* — Cf. *Averanii* interpr. I, 19. nr. 7. et 8. — *Bynkershoek* obs. VI, 14. — *Thibaut* Pand. § 146. not. u.) — Cf. *Hoffmann* l. l. p. 112 sqq. Nr. C.

12) L. 34. pr. L. 58. D. *de contr. emt.* — Cf. *Hoffmann* p. 100.

13) L. 4. L. 62. § 1. in f. D. *de contr. emt.* (Contraria non est L. 34. § 3. *eod.*, quippe quae explicanda sit ex L. 57. in f. *eod.*)

14) L. 28. D. *eod.* — Dummodo non ad eum, qui ex contractu acquirere debet, jam pertineat rei dominium. L. 16. pr. *eod.*

15) L. 62. § 1. *de contr. emt.* — L. 28. *eod.*

16) L. 4. § 1. L. 38. pr. L. 42. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Cf. omnino *Hoffmann* l. l. p. 102 sqq. Nr. B. et infra § 397.

17) L. 52. D. *loc. cond.* (XIX, 2.)

18) L. 57. pr. D. *de contr. emt.* — *Richelmann* l. l. p. 24 sqq. — *Hoffmann* p. 120 sqq. Nr. D.

19) L. 9. § 1. D. *de contr. emt.* — L. 32. D. *de V. O.* — Atque idem dicendum est, cum n ipsorum, qui contrahunt, erratur nomine, L. 65. § 1. *eod.*

20) L. 57. § 1. 2. 3. D. *de contr. emt.* — L. 45. *de contr. emt.* — L. 11. § 5. L. 21. § 2. D. *a. e. v.* (XIX, 1.) — Cf. L. 1. § 2. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — L. 20. D. *de furtis.* (XLVII, 2.) Vid. et not. 22. — *Hoffmann* l. l. p. 115 sqq.

21) L. 34. § 3. D. *de contr. emt.* « Si emtor solus scit (furtivum esse), non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet. Quodsi venditor scit, emtor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur. » (Cf. not. 20.) — *Thibaut* l. l. p. 136. 137. pr. 1, 1.

22) Cf. loc. in not. 20. excitt. atque ex his vel maxime L. 1. § 2. in f. *de pign. act.* — L. 45. D. *de contr. emt.* — L. 11. § 5. L. 21. § 2. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Add. L. 7. § 3. D. *de dolo malo.* (IV, 3.) — L. 10. C. *de resc. vend.* (IV, 44.) (§ 164. not. 3.)

23) L. 12. D. *de contr. emt.* — Cf. supra § 131. not. 8.

§ 339. b) *Conventionum adminicula; α) communia.*

Adminicula (§ 104 sqq.), quae adjici solent conventionibus, vel communia sunt omnium negotiorum, vel conventionum propria. Atque in priori sunt genere conditio, dies, modus, clausulae. De quibus quoniam partim supra, et qua jus spectant conventionum, plenius a nobis disputatum est (§ 105—112.), partim inferius etiam dicetur (§ 445.), jam non nisi pauca hoc in loco de conditionis dieive adscribendae ratione aut repetenda aut adjicienda sunt. Igitur I) quod quidem ad conditiones attinet, 1) impossibiles, ut quidem proprie vocantur (§ 106. not. 5.), affirmative conceptae irritam efficiunt conventionem[1]), negative conceptae pro non scriptis habentur[2]). Itemque 2) quae jure legeque prohibentur conditiones, sive affirmative sive negative concipiantur, inutilem reddunt conventionem[3]), praeterquam si poenae se aliquis subjiciat, ni improba jureque vetita omittat; quae quidem utiliter conventionibus adjicitur conditio[4]). 3) Tuendae obligationis sub conditione debitae causa non solum cautiones propositae sunt[5]), tum etiam actiones, scil. ne impediatur id, unde eventus pendet conditionis[6]): verum etiam si solvendo non est debitor, aeque ut alii creditores admittetur ad bonorum possessionem is, cui sub conditione aliquid debetur[7]). Praeterea 4) obligatio e conditionali conventione ad heredes transmittitur[8]), nisi ejusmodi sit conditio, quae personae cohaereat[9]), quo in genere etiam sunt, quae ad meram creditoris voluntatem referuntur[10]). 5) Generatim autem observandum, plerumque non prius committi conventionem, quam certum sit, non impleri conditionem, praeterquam si aut certum implendi tempus adscriptum est conditioni, aut id esse actum inter contrahentes, ut, quam primum potuerit, impleatur conditio, certissimis indiciis appareat[11]). 6) Quodsi suspensiva conditio, quam vocant, exstitit, perinde est, ac si statim ab initio pure negotium constitisset[12]); rursus autem resolutiva eveniente conditione, quantum id quidem fieri potest, ita res plerumque accipietur, quasi nunquam de ea conventio inita

§ 339.

1) § 11. I. *de inutilib. stipulat.* — L. 31. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 7. D. *de V. O.* (XLV, 1.) —Dissent. *J. T. Richter* (Resp. *Lessing*) de impossibili conditione contract. non vitiante. Lips. 1747.

2) L. 7. in f. D. *de V. O.*—§ 11. in f. I. *de inutilib. stipul.*

3) a) L. 35. § 1. L. 123. D. *de V. O.* — b) L. 7. § 3. D. *de pactis.* (II, 14.)

4) L. 50. D. *pact.* (II, 14.) — L. 121. pr. et § 1. D. *de V. O.* — T. T. Cod. *si mancipium ita venierit, ne prostituatur.* (IV, 56.)— Cf. *Thibaut* Abh. p. 362. nr. 1.

5) Vid. § 108. not. 5. add. L. 41. D. *de judic.* (V, 1.) — L. 38. pr. D. *pro soc.* (XVII, 2.)

6) L. 50. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) (cf. et L. 7. D. *eod.* et L. 161. D. *de reg. jur.*)

7) L. 6. pr. D. *quib. ex caus. in possession. eatur.* (XLII, 4.) — Cf. et L. 4. pr. D. *de separationib.* (XLII, 6.)

8) § 4. in f. I. *de V. O.* — § 25. I. *de inutilib. stipul.* — L. 57. D. *de V. O.* — L. 122. § 2. 3. 5. 6. *eod.* — L. 13. C. *de contr. et committ. stipul.* (VIII, 37.) — Cf. et scriptores not. sqq. excitt. — Atque hinc est, quod dicitur L. 42. pr. D. *de O. et A.*: «Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, cum exstiterit conditio: quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse.»

9) Arg. L. un. § 9. C. *de caducis toll.* (VI, 51.) — Vid. et not. seq.— *A. E. Endemann* comment. de implendae conditionis tempore spec. (Marb. 1821.) p. 142 sqq. — Caeterum vid. *J. R. Engau* (resp. *J. J. Ravensberg*) de implemento conditionis potestativae contractibus appositae Jen. 1747.

10) L. 48. D. *de V. O*

11) L. 99. § 1. L. 115. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—*H. Donellus* comment. jor. civ. XV. c. 12.— *Endemann* l. l. p. 127 — 137. — Caeterum huc in locum etiam conferenda sunt, quae de implendarum conditionum ratione ac modo generalim praecepimus § 109.

12) L. 78. pr. *de V. O.*—L. 11. § 1. in f. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.)— L. 16. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 8. pr. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) *verb.*: «Quodsi —— in praeteritum.» (cf. § 108. not. 6.). — Vid. et supra § 304. not. 6.— Cf. not. seq.

sit [13]), hoc pacto, ut et sponte redintegretur jus, quod antea fuit [14]), et onera rei imposita exstinguantur [15]), et res cum omni causa reddenda sit ab eo, cui sub conditione, quae resolvit negotium, tradita est [16]). At pendente conditione, si quidem sub conditione contrahitur, is, cui tradita res est, nec usucapere eam poterit, nec vero periculum rei ad eum pertinet, nisi quatenus deterior res facta est; contra, cum talis conditio, quae resolvat, adjecta est conventioni, et usucapiendi conditio spectat ad accipientem, et rei interitus [17]). II) Dies conventionibus adjectus (§ 110) hoc potissimum modo differt a conditione, quod diei eventu non revocetur res ad negotii initium [18]). Praeterea, quod ante diei eventum solvitur, repeti non potest [19]); tum semper ad heredes transit obligatio ex die debita, licet a creditoris voluntate pendere, quando petere voluerit, diserte sit in conventione expressum [20]). Neque vero dies, qui ita appositus est conventioni, ut, quando exstiturus sit, dubitetur, instar habetur conditionis [21]). Fieri etiam potest, ut arbitrio relinquatur debitoris solutionis dies; quo facto, morte promissoris exspirat obligatio, si quidem ante ille mortuus est, quam de praestandi tempore certi aliquid constituerit [22]). Caeterum cum differendae solutionis causa dies adjicitur, is ad debitoris jus plerumque referendus est, scil. ut etiam prius solvere possit, nisi creditoris potissimum gratia diem esse adjectum certo appareat [23]).

§ 340. 2) *Propria conventionum adminicula, atque ex his* aa) *singulatim dicetur de poenae stipulatione* (*).

Tuendo confirmandoque juri ex conventionibus oriundo, praeter adjectiones ejusmodi, quae clausularum nomine veniunt (§ 112.), inprimis inserviunt et jurisjurandi confirmatio, et poenae stipulatio, et arrhae datio. Quoniam autem de promissorio jurisjurando, quod vocant. jam alibi a nobis tractatum est (§ 151.), superest tantum, ut de utroque posteriori adminiculorum genere exponamus. Poenae igitur stipulatione id agitur, ut propter non impletam aut non rite adimpletam conventionem alter alteri poenae atque ejus, quod

13) L. 4. pr. D. *de lege commissoria.* (XVIII, 3.) (cf. not. sqq.).—At in utroque conditionum genere secus est in iis conditionibus, quae a mera potestate pendent debitoris L. 3. in f. D. *quib. m. pign. solv.* (XX, 6.)—L. 9. § 1. L. 11. pr. § 1. 2. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) — Vid. *Zimmern* Archiv f. civ. Pr. V. p. 250 sqq. et *Riesser* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. p. 25 sq.

14) Arg. L. 8. D. *de lege commissor.* (XVIII, 4.) — L. 4. C. *de pact. int. emt. et vend.* (IV, 54.).—Cf. supra § 271 not. 6.

15) L. 4. § 3. D. *de in diem add.* (XVIII, 2. (cf § 271. not. 9.)

16) L. 6. pr. L. 16. D. *de in diem addict.* (XVIII, 2.) — L. 4. pr. D. *de lege commiss.* (cf. § 1. *eod.*).— L. 11. § 10. D. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.)

17) Cf. L. 2. in f. D. *de in diem add.* — L. 8. pr. in f. D. *de per. et c. rei vend.* — L. 14. pr. D. *de noval* (XLVI, 2.) — Unde profectum est, quod vulgo traditur : in conventionibus sub suspensiva conditione initis interitus quidem periculum ad tradentem, deteriorationis ad accipientem spectare, contra vero in his, quibus resolutiva adscribatur conditio, ad accipientem pertinere interitus periculum, deteriorationis ad tradentem.

18) L. 41. § 1. in f. D. *de V. O.* et Arg. L. 43. § 2. *de leg.* II.

19) L. 10. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — Cf. L. 16. L. 17. L. 18. D. *eod.* — Vid. *Cujacii* obs. XIII, 20.

20) L. 48. D. *de V. O.* (cf. not. 10.).

21) L. 10. et 17. D. *de cond. ind.* — L. 46. pr. D. *de V. O.* — Cf. § 110. in f.

22) L. 46. § 2. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — (Idemque obtinet, cum e debitoris arbitrio tempus pendet, quo finiatur praestandi obligatio. L. 4. D. *loc.* XIX, 2.) — At secus est in iis, quae ex testatorum decretis ab aliquo praestanda sunt Arg. L. 11. § 6. L. 41. § 3. *de leg.* III.

23) L. 50 D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 70. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 17. D. *de reg. jur.* coll. cum L. 122. pr. D. *de V. O.* et L. 43. § 2. *de leg.* II. — *Vinnius* ad § 2. I. *de V. O.* nr. 4.

§ 348.

(*) *J. F. de Retes* Tr. de stipulatione poenali (*Meerm* Thesaur. VII. p. 413 — 427.)

interest, nomine dare aliquid vel praestare necesse habeat [1]): vocant poenam conventionalem. Eaque his continetur legibus: 1) Potest omni conventioni adjici, dummodo haec non sit ex earum genere, quae jure prohibentur [2]). Quid? quod poenae stipulatione effici potest, ut actio oriatur ex conventione, quae alioquin nullam habitura sit vim, propterea quod nihil ad ejus rem, qui stipulatur, pertinere videatur [3]). 2) Etsi vel maxime propter eam causam adjici solet poenae stipulatio, ut ne quandoque dubitetur, quid quantumve ejus, quod interest, nomine peti possit [4]), tamen nec iisdem finibus conclusa est conventionalis poena, quibus judex, de ejus, quod interest, magnitudine statuens, coercetur [5]), nec vero impeditur, qui majorem ad se ejus, quod interest, nomine quantitatem pertinere probaverit, tantum etiam petere, quantum est minus in poena, de qua convenit [6]). 3) Poena commissa in arbitrio est creditoris, utrum poenam persequi, an jus ipsum malit ex conventione [7]); nam de utroque simul agere plerumque nequit [8]). Committitur autem poena ipso jure, si frustra dies transactus est, quo solvi debuit [9]), tum etiam, si pars tantummodo ejus, quod debetur, justo aut tempore aut modo soluta est [10]). Praeterea 4) a debitore, quod ipsi solutionis causa datum est, una cum usuris repetetur [11]), tum etiam 5) ad heredes transmittitur jus hujusce poenae persequendae, quippe quod non ex lege descendat, sed ex conventione [12]). At vero 6) idem finiri, simul atque obligatio, ad quam spectat, exstincta sit, id vix est, quod moneamus [13]).— Cae-

1) § ult. I. *de V. O.* (cf. not. 3.).—L. 11. § 2. D. *de recept., qui arbitr. receper.* (IV, 8.)

2) Cf. L. 61. L. 123. L. 134. pr. *de V. O.* — L. 2. C. *de inutilib. stipulat.* (VIII, 39.)

3) § ult. I. *de V. O.* — § 19. I. *de inutilib. stipulat.* — L. 38. § 2. et § 17. D. *de V. O.* — (cf. § 332. not. 7. et § 333. not. 9.)

4) § ult. I. *de V. O.*

5) L. 56. pr. D. *de evict.* (XXI, 2.) — Cf. *H. Donell.* c. j. civ. XXVI, 24. et *Glück* Pand. IV. p. 532. not. 3. — Id tantummodo additum est velut temperamenti, ut ne poenae conventionalis nomine fraus fieret legibus, quae usurariam pravitatem coërcerent. L. 12. § 26. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) —L. 9. pr. D. *de usur.* (XXII, 1.)

6) L. 28. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)—Cf. L. 41. et 42. D. *pro soc.* (XVII, 2.)

7) L. 28. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)— L. 4. § 7. D. *de d. m. exc.* (XLIV, 4.)— L. 10. § 1. D. *de pact.* (II, 14.)—L. 14. C. *eod.* (II, 3.)—L. 12. § 2. D. *de pact. dotalib.* (XXIII, 4.)— Qua tamen in re praetermittendum non est, multis ex causis evenire posse, ut praeter poenam commissam jam nihil peti possit, si quidem poenae stipulatio aut ejusmodi adjiciatur conventionibus, quae alioquin nullam habiturae sint vim (not. 3.), aut iis, quibus quis simpliciter prohibetur, ne quid faciat (L. 122. § 6. *de V. O.*—Cf. L. 38. § 4. *eod.*), tum vero, nihil omnino esse praestandum, cum id, quod proprie est in obligatione, casu exstinguitur, vel alioquin citra omnem debitoris culpam nequit praestari (L. 69. D. *de V. O.*). Quae quidem praetermissio tot subinde excitavit controversias, inutilesque distinctiones, quae ubique leguntur in recentiorum libris. Vid. et not. seq. — Caeterum penes debitorem electio non erit, utrum poenam velit solvere, an rem, quae in obligationem deducta est, praestare (L. 23. pr. D. *de recept.* IV, 8.), praeterquam, quod, si libertatis dandae conditioni poenae stipulatio adjecta erat, et poena petebatur, adversarius libertatem praestando ab actione liberabatur L. 115. § 2. D. *de V. O.* (cf. infra not. 14.).

8) Vid. l. l. init. not. 7. laudd. et add. L. 23. pr. in f. D. *de recept.* (IV, 8.) — Utrumque igitur peti tantum poterit, si id inter partes actum esse ex conventionis vel verbis vel tenore certo appareat. L. 115. § 2. in f. D. *de V. O.* «— — cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur.» (Atque ex his verbis generalem efficere solent regulam hanc: quodsi propter moram in solvendo admissam poena committatur, semper utrumque peti, et poenam et quod proprie sit in obligatione.— Cf. *Donellus* ad L. 115. D. *de V. O.* nr. 31. et nr. 35 sqq. p. m. 352 sqq. — *Glück* Pand. IV. p. 537 sq. — *Thibaut* Pand. § 115. Nr. IV. 2. A.) — L. 16. D. *de transactionib.* (II, 15.) «Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit, *rato manente pacto* stipulanti recte promiserat, praestare cogitur.» — L. 17. L. 40. C. *eod.* (II, 4.) — Quos quidem locos varie explicant interpp.—Vid. *Glück* l. l. IV. p. 533 sqq. ibique laudd. scripit.

9) L. 115. § 2. D. *de V. O.* — L. 12. C. *de contr. et committ. stipul.* (VIII, 39.) — Quemadmodum autem in iis causis, ubi solutionis tempus nullum praestitutum est, non nisi interpellatione efficitur, ut poena committatur, sic etiam sponte apparet, non aliter poenam committi, nisi per debitorem steterit, quo minus justo tempore praestatio fieret. — Cf. L. 23. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 23. § 1. 2. 3. L. 21. § 8. 9. D. *de recept.* (IV, 8.)

10) L. 47. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 5. § 3. in f. et § 4. L. 85. § 6. D. *de V. O.*

11) L. 47. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

12) L. 4. § 1. L. 5. § 3. D. *de V. O.* (cf. § 434. not. 10.).

13) Cf. L. 21. § 8. D. *de recept.*—L. 1. C. *eod.* (II, 56.) — Neque contraria est L. 15. D. *de trans-*

terum cum poenae stipulatione commisceri non debet conventio ejusmodi, qua cuique contrahentium cum certae pecuniae jactura (vocant mulctam poenitentialem) discedere a contractu liceat [14]; quod quidem jus hic, illic domestica lege, etsi de eo non convenerit inter partes, concessum est contrahentibus [15].

§ 341. bb) *De arrhae datione* (*).

Arrha est quidquid datur, ut argumento sit obligationis contractae [1]). Arrhae datio (vocatur etiam *arrhale pactum*) [2]) est alius contractus pars [3]); nec igitur propriam habet formam, praeterquam, quod non ex sola arrhae promissione actio nascatur, sed datio accedat necesse sit [4]). Potest plerumque arrha data ad implendum contractum agi [5]); quo quidem facto aut reddenda est arrha, aut in pretium computanda [6]), nisi nominatim inter partes convenit, ut loco conventionalis poenae vel accipienti cedat, vel danti cum altero tanto restituatur [7]). At vero ita etiam constitui arrha potest, ut naturam habeat poenitentialis mulctae [8]); quae quidem ipso jure ei videtur inesse, cum aut tali accedit conventioni, quae jure quidem licita est, at cogendi non habet vim [9]), aut nondum perfectus est contractus, cujus causa datur arrha [10]). Quotiescunque autem reddenda est arrha, sive impletus sit contractus, sive sponte ab eo discessum, sive sine ejus, qui dedit, culpa impleri nequeat, repetitio fit aut conditione causa data causa non secuta, aut ea actione, quae ex principali nascitur contractu [11]).

§ 342. 2) *Ratio ac forma conventionum ex civilis Romanorum juris indole spectata.*

Praeter ea, quae ex communi gentium jure omnino in conventionibus neces-

act. II, 15. („Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subjici solet; sed consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subjungere: *quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest*»); quippeexplicanda e legeseq.—Vid.Basilicor. Schol. I. p. 807. not. *c.* et supra not. 7. et 8.

14) § ult. in f. I. *de V. O.* — Cf. *J. A. Bachii* D. de multa poenitentiali (opusc. Nr. X.); qui quidem perperam statuit, poenam conventionalem in emtionibus et venditionibus semper habere poenitentialis mulctae vim. Nec vero ex L. 44. § 6. D. *de O. et A.* licet, colligere, poenae stipulationi, cuicunque contractui adjectae, novationem inesse, id efficientem, ut semper, nisi aliud agatur, recedere a conventione liberum sit contrahentibus. Nam vid. *Cujacius* ad lib. II. Qu. Papin (opp. post. ed. *Fabr.* T. 1. p. 65.).—*Vinnius* ad § ult. I. *de V. O.* nr. 6.—*Voet.* ad Pand. Lib. 46. T. 2. § 4.

15) Vid. *Bach.* l. l. p. 302.—*J. H. Ahlers* vom Reukauf nach Lübschem und Rostockschem Rechte. Rost. 1797.

§ 341.

(*) *W. A. Lauterbach* Tr. de arrha. Tub. 1657. — *J. H. Reuter* de arrha pacto imperfecto data. Hal. 1747.—*C. S. Zumbach* de arrha contractuum Jen. 1828.

1) Pr. I. *de emt. vend.* (*Gaji* inst. III, 139.).— L. 35. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)— L. 2. C. *qu. lic. ab emt. discedere* (IV, 45.) — (Cf. *A. Gellii* noct. att. XVII, 2. — *Otto* ad pr. I. de emt. vend. nr. 5.) — Nec solum numerata pecunia arrhae nomine apud Romanos dari solita est, verum etiam res ex alio mobilium rerum genere, velut annulus (L. 5. § 15. D. *de instit. act.* (XIV, 3.) — L. 11. § 6. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Caeter. vid. *Lauterbach* l. l. § 60 sq.

2) L. 3. C. *de a. e. v.* (IV, 49.)

3) L. 11. § 6. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

4) Arg. L. 7. § 4. D. *de pact.* (II, 14.) et Pr. I. *de emt. vend.* — Cf. *Reuter* l. l. § 19. 20.

5) L. 35. D. *de contr. emt.* — L. 2. C. *qu. lic. ab emt. discedere.* (IV, 45.) — Cf. *Vinnius* ad pr. I. *de emt. vend.* nr. 12. 13.

6) L. 2. C. *qu. lic. ab emt. rec.* — L. 8. D. *de lege commissor.* (XVIII, 3.)

7) Arg. L. 1. C. *de pact. inter. emt. et venditor.* (V, 54.) — Caeterum cum ex lege commissoria agitur, ut emtio venditio rescindatur, semper arrha data remanet penes venditorem. L. 6. pr. D. *de lege commissor.* (XVIII, 3.)

8) Cf. *Bach* de multa poenitentiali nr. 10. (§ 340. not. 14.). — Atque hinc est, quod dividant arrham in confirmatoriam et poenitentialem, quae quidem recedit a communi juris regula. Vid. not. 5. et add. *Hoepfner* comment. § 744. in f.

9) L. 1. et 5. C. *de sponsalib.* (V, 1.)

10) Pr. I. *de emt. vend.* in f. — L. 17. in f. C. *de fide instrum.* (IV, 21.)—*Reuter* l. l. § 8. p. 6. — Caet. vid. *Zumbach* l. l. c. II.

11) L. 11. § 6. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 2. C. *qu. lic. ab emt. rec.* (IV, 45.) — *Lauterbach* § 137. (cf. § 91. ibid.). — Cf. et *Reuter* § 35 — 45.

saria sunt, nonnumquam etiam proprio cujusque civitatis jure forma quaedam statuitur conventionibus, qua non observata in contractuum non sunt numero[1]). At juris nostri auctores non tam ad formae solennitatem, quam ad causae civilis necessitatem hanc rem fere revocarunt [2]), scil. ut in contractuum numero non nisi hae essent conventiones, quibus causa subesset actionem efficiens, eaque jam antiquiori Romanorum jure aut introducta, aut certe comprobata [3]). Quae quidem quadruplex est: rei datio, verborum solennitas, literarum obligatio, denique utilitatis ratio, quae jam antiquitus tantum valuit, ut in nonnullis conventionibus, iisque vita usuque communi admodum frequentatis, solus consensus sufficeret ad actionem efficiendam (consensu obligationes). Unde recentiores solent *reales*, *verbales*, *literales*, *consensuales* usurpare *contractus*. Hisque omnibus etiam certae actionum formulae additae sunt, quibus in judiciis uterentur homines. Neque vero iis denegata est actio, qui ex negotiis agerent, certis quidem vulgaribusque actionum formulis haud munitis, quibus tamen subesse videretur civilis causa: unde praescriptis verbis, s. in factum civiles actiones usu recipi coeperunt [4]). Atque id causam attulit recentioribus, qui *nominatos contractus* secernerent ab *innominatis*, quibus, cum in certum ac proprium contractus nomen haud transirent, tamen civilis causa minime deesset (§ 344.). Reliquae igitur omnes conventiones simpliciter appellabantur pactorum nomine, quorum hoc erat proprium, quod exceptiones tantum parerent [5]). Postea vero ex horum quoque numero quibusdam sunt actiones subinde additae, idque et Praetorum fiebat, et JCtorum, tum etiam legumlatorum, Praetores imitantium, auctoritate; in quibus tamen vetus pactorum nomen, propter antiquam illam, quae jam certis formis obtinuerat, judiciorum instituendorum viam ac rationem, etiam retentum est [6]). Unde *nuda pacta* [7]) distinguuntur a *non nudis*, quae etiam *vestita* a recentioribus vocantur [8]). Jam vero in foris nostris longe alia utimur ratione; nam cum apud Romanos vim perfecte obligandi non haberent conventiones, nisi aut causa illis subesset civilis, aut singulari jure munitae essent actionibus; hodie contra obtinuit, ut, quaecunque ex juris gentium praeceptis rite inirentur conventiones, efficerent actiones, nisi quae singulari jure formis adstringerentur [9]). Quoniam autem Romanorum de pactorum contractuumque formis doctrina cum eo, quo utimur, jure civili multis in partibus

§ 342.

1) Cf. supra § 103.

2) Etenim nonnullis in causis, et praeter causam civilem, jam Romano jure forma, aut desideratur, aut certe magis efficacem reddit conventionem, cf. supra § 103. not. 12. 16. § 301. not. 2. — Vid. et L. 32. C. *de loc. et cond.* (IV, 65.) — L. 27. C. *de fidejuss.* (VIII, 41.)—L. 23. C. *de Scto Vellej.* (IV, 29.)— *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. III. p. 274 sqq.

3) L. 7. pr. § 1 — 4. D. *de pact.* (II, 14.) — Cf. *Marezoll* l. l. p. 260. not. 3. — Vid. et *Erxleben* Diss. de contr. innom. indole p. 56 sqq.

4) L. 1. pr. L. 2 — 4. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — Cf. supra § 139. Nr. IV. ibiq. not. 28 — 30. Add. *Keller* üb. L. C. u. Urtheil p. 252—254. ibiq. not. 18.—Vid. infra § 344.

5) L. 7. § 4. D. *de pact.* — L. 45. *eod.* — Cf. scriptt. not. seqq. laudd.

6) E scriptoribus, qui hac de re universim exposuerunt, praeter *Langsdorfium, Hugonem* atque *Schmitthennerum* in hujus capitis exordio laudatos, in primis sunt nominandi *L. A. Hambergerus* de non usu stipulationum usuque pactorum in foris Germaniae. Jen. 1714. (opusc. ibid. 1740. edit. Nr. III.). — *J. M. G. Beseke* de origine modorum contrahendi apud Romanos. Hal. 1772.

7) *Paulli* sent. rec. II, 14. § 1. « — ex *nudo* enim *pacto* inter cives Romanos actio non nascitur.» — L. 45. D. *de pactis.* (II, 14.) (cf. supra not. 5.).—L. 8. in f. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — L. 15. in f. *eod.*

8) Cf. *Langsdorf* l. l. § 32 sq. — Cf. et *Hamberger* l. l. c. 1. et *P. Roscam* D. de pactis nudis eorumque variis effectibus. Lugd. Bat. 1754.

9) *Hamberger* l. l. c. III. — *Weber* von d. natürl. Verbindl. § 83. et 84.—*L. F. Griesinger* von d. Verbindl. d. Verträge (Tüb. 1793.) Buch 1. — Cf. c. 1. et 3. X. *de pact.* (I, 35.) et supra § 329. nr. 6.—At dissent. *Bátz* Archiv f. civ. Praxis III. Nr. 1. ibique maxime p. 22 sqq.

conjuncta est [10]), tum vero ad hujus ipsius interpretationem atque usum haud parum adjuvat illam nosse: jam non inutilem nos suscepturos esse putamus laborem, si brevem ejus descriptionem huic interseramus loco.

§ 343. a) *Contractuum eorumque z) nominatorum, ut vocant, adumbratio.*

Quatuor igitur sunt nominatorum contractuum genera, quorum I) primum est eorum, quae re, i. e. rei datione, perficiuntur. In eoque item sunt quatuor formae [1]), quibus haec solent nomina tribui: mutuum, commodatum, depositum, pignus; at semper habet rei praestatio confirmandarum conventionum vim, hoc pacto, ut is, qui etiam citra illas formas rem dat, legem dicere possit, quam accipiens, ut impleat, actione cogi poterit [2]). Est autem hoc commune eorum contractuum, quae rei datione perficiuntur, et in nominatorum sunt numero: ut accipiens ad reddendum, quod accepit, vel in specie, vel in genere obligetur, nec vero re contrahatur, nisi quatenus datum sit [3]). II) Alterum est contractuum genus verborum obligatio [4]), cujus princeps est et tamquam communis omnium conventionum forma (not. 9.) stipulatio [5]). Quae cum antiquitus non nisi solennibus verborum formulis perfici posset [6]), pedetentim tamen a prisca verborum solennitate relaxata est, atque, in unum consentientibus et moribus et legibus, effectum, ut cuivis interrogationi et responsioni, de re licita ac stipulationis contrahendae animo et consensu inter cives Romanos eosque praesentes factae, vis inesset verborum obligationis [7]). Jam vero duplicem ob causam stipulatio conventionibus adhiberi solita est: primum, ut civilis causa tribueretur actioque conventioni, quae alioquin in solius pacti finibus staret; deinde, ut stabiliret firmioremque efficeret conventionem, quae jam per se haberet perfecte obligandi vim (not. 9.). Erat autem hoc vel maxime proprium obligationis, quae stipulando contrahebatur: primum, ut ad dandum obligaret [8]), unde etiam effectum est, ut evictionis nomine venditor, causa per stipulationem formata, citius conveniri posset, quam simpliciter contracta emtione [9]); deinde, ut obligandi et causa et potestas in ipsa posita esse videretur stipulationis forma [10]). Praeterea strictum erat judicium ex stipulatione descendens; cujus, quaenam fuerit propria vis cum circa exceptionum jus judicisque officium,

10) Vid. supra § 67. — Cf. et *Weber* l. l. § 85.

§ 343.

1) Inst. (III, 14. [15.]) *quib. mod. re contr. obl.*

2) L. 8. in f. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — L. 20. § 1. D. *de pact. dotalib.* (XXIII, 4.)—L. 48. D. *de pact.* (II, 14.) — Cf. § seq. et *Erxleben* Diss. de contr. innominator. indole p. 125 sqq.

3) L. 17. pr. D. *de pact.* (II, 14.) — Cf. L. 11. § 1. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) et *Bynkershoek* de pact. jur. str. contr. in contin. adj. c. 5. (opp. T. II. p. 43.).

4) Cujus tres olim fuere formae: dotis dictio, jurata operarum promissio (*Gaji* inst. *epit.* II, 7. § 3. 4.), stipulatio (not. seq.).

5) Pr. et § 1. I. *de V. O.* — Nomen notioque stipulationis unde ducta sint, jam inter veteres disceptatum est. Vid. *Heineccii* antiquit. Romanor. jurisprud. illustr. synt. Tit. de V. O. § 1. — Cf. et *Schraderi* diatr. in *Hugonis* civ. Mag. V. nr. 4. p. 174.—180. — *W. A. Macieiowski* disquis. de orig. stipulationis. Varsav. 1827. 4. (*Witte* in ephem. jur. Tub. IV. p. 335 sqq.)

6) Vid. *Gaji* inst. III. § 93.

7) Cf. L. 1. § 2. et 6. D. *de V. O.*—§ 1. I. *eod.*— L. 10. C. *de contr. et committ. stipul.* (VIII, 38.) — L. 14. *eod.* (*Marezoll* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. III. p. 276 sq. nr. 2.) — *Hamberger* l. l. c. II. § 2. in f. — *Hoepfner* et *Weber* Comment. § 811. (cf. et *Unterholzner* Archiv f. civ. Pr. IX. p. 431.).

8) L. 75. § 10. L. 103. D. *de V. O.* — Vid. et not. seq.

9) Cf. L. 25. § 1. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) —L. 11. § 2. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)—L. 30. § 1. *eod.* — L. 1. pr. D. *de rer. permut.* (XIX, 4.) — *Noodt* probabil. II, 12.

10) Cf. L. un. § 3. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.) *Cujacii* obs. III, 16.— *Vinnius* ad § 29. I. *de actionib.* nr. 2.

tum vero in quaestionibus de obligationum causa s. accessionibus, de culpa, de morae et initio et effectu, id partim jam aliquoties a nobis tactum est, partim uberius infra exponetur [11]). Ac postea etiam dilatatum est jus stipulationum, siquidem invaluit, ut non solum in faciendum concipi possent stipulationes [12]), verum etiam doli clausula adjiceretur stipulationibus, quo facto judices bonae fidei sequi rationem in judicando oportebat [13]), salvis caeteroquin reliquis, quae propria essent stipulationum [14]). Actionum etiam varietate diversum illud stipulationum jus distinctum est, scilicet condictionis et actionis ex stipulatu inter se oppositis nominibus [15]). III) Tertium est nominatorum contractuum genus literarum obligatio, quae nominum transcriptione, seu expensum ferendo in rationum codicibus fiebat [16]); cujus tamen, quoniam Justiniani imp. aetate jam diu usu intermissa fuit [17]), ut vix ejus levia in juris nostri libris vestigia relicta sint [18]), descriptione supersedere poterimus, id tantummodo obiter monentes, tota ratione abhorrere ab antiqua illa literarum obligatione, ea, quae de scriptura post biennium obligante traduntur [19]). Denique IV) solus contrahentium consensus actionis pariendae vim jam antiquo jure habuit in emtione venditione, locatione, conductione, societate, mandato, quibus Zeno imperator, ut de emphyteuticariae obligationis natura dirimeret altercationem, quae jam antiquo jure obtinuerat inter JCtos, quintam etiam emphyteuticarii contractus adjecit formam (§ 298. not. 5. 6.) [20]).

§ 344. β) *Innominatorum contractuum descriptio* (*).

Innominati contractus vocantur, e quibus incerta datur actio [1]), quae quidem

11) Cf. et supra § 329. not. 7.

12) L. 75. § 7. D. *de V. O.* — Cf. L. 71. L. 137. § 7. D. *eod.*

13) L. 38. § 53. L. 13. L. 119. D. *de V. O.* — L. 22. *eod.*—Cf. *B. Brisson.* de formulis VI. § 180. et inprimis *Huschke* de actionum formulis, quae in L. Rubr. exstant. Vratisl. 1832. p. 28 sqq.

14) Similis erat emtionis venditionis in stipulatum deducendae, itemque emtionis clausulae stipulationibus inserendae ratio, quo quidem fiebat, ut utriusque negotii vis conjungeretur. L. 4. pr. et § 1. D. *de usur.* XXII, 1. (§ 228. not. 17.).—Cf. L. 3. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

15) Pr. I. *de V. O.* — Cf. Schol. Basilic. III. p. 249. et *Theophil.* ed. *Reitz.* p. 940 sq.—Heidelb. Jahrb. l. l. p. 59. in f. sqq.

16) *Gaji* inst. III. § 128 — 134. (cf. Vat. Fragm. § 329.). — Omnino autem hac de re vid.: *v. Almendingen* über die rationes domesticae der Römer (in *Grolmani* Magaz. II. Nr. II.). — *de Savigny* üb. den Literalcontr. d. Römer (cf. supra Vol. I. § 103. not. 11.). — *A. Z. Hanlo* (praes. *van Hall*) de nominum obligatione. Amstelod. 1825. 8. ibiq. inprimis p. 30 sqq. —*W. T. Kraut* de argentariis et nummulariis comment. (Goett. 1826. 8.) c. IX. — *Zimmern* in ephemer. jur. Erl. T. IV. p. 162 — 166. p. 170 sqq. — *A. Wunderlich* de antiqua literarum obligatione. Goett. 1832.

17) Vid. scriptt. not. 16. laudd. — *Marezoll* Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. III. p. 264.

18) Quid? quod falsam ejus descriptionem exhibet *Theophilus* in paraphrasi ad Inst. tit. *de lit. obl.* — *Hanlo* l. l. p. 70 — 74. — *Zimmern* l. l. p. 173. et inprimis *Wunderlich* l. l. p. 37 sqq.

19) Inst. (III, 21. [22.]) *de literarum obligatione.* — *Hanlo* l. l. p. 82 sqq. — *Marezoll* l. l. p. 264 — 270. — Vid. infra locum de n. n. p. et querela et exceptione § 378.

20) Inst. (III, 22. [23.]) *de consensu obligat.* et supra § 298. not. 5. et 6.

§ 344.

(*) Dig. (XIX, 5.) *de praescriptis verbis et in factum actionibus.* — Cod. (IV, 64.) *de rerum permutatione et praescr. verb.* — *J. F. de Retes* opusculor. Lib. II. S. I — III. (in *Meermani* thes. VI. p. 89—157.). — *K. Reichhelm* Vers. eines Beweises, dass der Römer nur 2 Arten unben. Contr. kannte, do ut des und do ut facias. Halle 1800. — *C. R. Lib. B. Schoulz ab Ascheraden* comm. de contractib. Romanor. innomin. Gryph. (s. d. et c.) 4. — *E. Gans* Obligationenrecht p. 169 — 213. (« üb. die fabelhafte Lehre von d. Innominatcontr. u. dem jus poenitendi »).—*Meno Poehls* Versuche einer gründl. Darstellung d. Lehre v. Innominatcontr. Heidelb. 1821. — *C. G. Waechter* doctrina de condict. causa data causa non secuta in contractib. innominat. Tub. 1822. — *A. Erxleben* de contractuum innominatorum indole ac natura comm. Gott. 1835. 8.

1) L. 6. C. *h. t.* — L. 9. et L. 22. in f. C. *de donat.* (VIII, 54.) — Cf. *Erxleben* l. l. cap. II. p. 61 sq.

plerumque appellatur praescriptis verbis s. etiam in factum a. civilis (not. sqq.). Duo autem sunt, quae, ut causa efficiatur civilis, necessaria sunt in hujusmodi conventionibus. Primum est similitudinis ratio, quae inter ipsas intercedat atque contractus ex nominatorum genere. Quoties enim aut a) plures junguntur et quodammodo inter se miscentur contractus, aut b) in rebus tantummodo, quae in obligatione versantur, quaeque reddendae vicissimque sunt praestandae, apparet quaedam hujusmodi conventionum dissimilitudo cum legitima contractuum forma, aut c) in modo ac fine, tum vero in dissolvendae conventionis ratione a consueta negotiorum natura pactis receditur, aut d) ita est ambigua conventionis forma, ut dubitari possit, ad quemnam potissimum contractum ex nominatorum genere referendum sit negotium: quoniam his omnibus in causis civilis obligandi ratio subest, etiam civilis actio datur [2]; at vero praescriptis verbis plerumque erit agendum [3]. Alterum est illud, unde vis pendet innominati contractus: ab uno jam esse datam obligationis causam praestitamque [4]; unde dici quodammodo potest, *re* coepisse hujusmodi obligationes [5]. Jam vero, donec etiam ab altera parte impleatur id, quod debetur, nondum est perfecta atque absoluta contractus species, eatenus quidem, ut ei, qui dedit, poenitere atque rem datam repetere plerumque liceat [6]. In his igitur causis, ubi juri poenitendi locus est [7], duplex est creditori proposita actio: altera, qua res repetitur, quae est condictio causa data causa non secuta [8]; altera, quae quidem ad omne pertinet innominatorum contractuum genus, est praescriptis verbis actio, qua ad implendum contractum idve, quod interest, praestandum agitur [9]. Formula autem proponitur haec, qua velut involutae sunt singulae innominatorum contractuum species: aut do ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias [10]; quamvis levi singularum causa-

2) a) L. 8. L. 24. D. *h. t.* — L. 19. in f. D. *de prec.* (XLIII, 26.) — b) L. 5. § 1. 2. 4. (infra not. 10.). — L. 6. L. 7. L. 9. L. 10. L. 13. § 1. L. 15. L. 16. L. 17. pr. et § 3. L. 25. D. *h. t.* — L. 1. D. *de rer. permut.* (XIX, 4.)—L. 7. C. *h. t.* —L. un. C. *de suffr.* (IV, 3.)—c) L. 12. L. 20. D. *h. t.* — L. 15. D. *de c. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) — L. 19. in f. D. *de precario.* (XLIII, 26.) — d) L. 1. § 1. et 2. L. 13. pr. L. 17. § 1. 2. 3. L. 18. L. 19. L. 22. L. 23. D. *h. t.* — Cf. omnino *Erxleben* l. l. cap. III. p. 91 sqq. — Caeterum, inprimis quod ad exemplorum genus attinet, quae tertio loco (c) posuimus, haec etiam observanda sunt: 1) Cum ex pacto emtioni adjecto ad resolvendum negotium agi potuerit, quoniam proprie non dissolvendi, sed contrahendi causa emtiones ineantur, praescriptis verbis actione utendum fuisse, quamvis etiam ex emto actionem admitti placuerit L. 6. D. *de resc. vend.* (XVIII, 5.)—L. 2. C. *de pact. inter emt. et venditor.* (IV, 54.)—*Roseam* l. l. p. 35.— *Erxleben* l. l. p. 67 sq. — Dissent. *Poehls* l. l. p. 177 sqq. — 2) Et pacta, quae, de dote praeter juris communis regulam restituenda, dationi dotis adjiciantur, et sub modo donationes inter eas esse referenda conventiones, unde ex causa in contextu allata praescriptis verbis agendum fuerit. (L. 6. C. *de jure dot.* (V, 12.)—L. 8. C. *h. t.* — L. 6. C. *de transact.* (II, 4.)—Cf. et L. 6. C. *h. t.*— *Erxleben* l. l. § 28. p. 182 sqq.)— Rem admodum simplicem disputationibus suis, quamvis doctis atque ingeniosis, recentiores magis mihi videntur impediisse, quam expediisse. — Cf. *Poehls* l. l. p. 41 sq. et p. 111 sqq. et *Waechter* l. l. C. IV.

3) Vid. not. 2. et supra § 342. not. 4. — Caeter. cf. L. 24. et 25. D. *depos.* (XVI, 3.)—§ 4. 5. I. *de loc. et cond.* — *Gaji* instit. III. § 146. — Vid. *Gans* l. l. p. 180—186. — *Zimmern* röm. Process. p. 163.

4) L. 7. § 2. D. *de pactis.* (II, 14.) — L. 1. § 2. D. *de rer. perm.* (XIX, 4.)—L. 5. § 2. in f. L. 13. pr. L. 18. 19. 26. D. *h. t.* — L. 3. L. 6. C. *eod.*— L. ult. *de c. c. d. c. n. s.* (XII, 4.)

5) Vid. L. 48. D. *de pact.* (II, 14.)—L. 8. in f. D. *h. t.*—Cf. *Poehls* § 19. et *Waechter* l. l. p. 26 sqq.

6) L. 1. pr. L. 3. § 2. L. 5. D. *de c. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) — L. 5. § 1. D. *h. t.* (cf. not. seq.). Rationem hujus rei attuli Heidelb. Jahrb. l. l. p. 75.—Cf. et *Retes* l. l. S. III.—*Poehls* C. IV. et C. V. § 27.—Dissent. *Gans* l. l. et *Waechter* praef. p. IX sq. et C. III.

7) Excluditur jus poenitendi cum rei ipsius natura, scil. si *factum* est praestitum tum vero in iis, quae aut transigendi causa data sunt (L. 6. et 33. C. *de transact.* II, 4.), aut liberalitatis exercendae gratia. — Cf. *Retes* l. l. S. III. c. 1. et script. not. praeced. laudat. quibus adde *Erxleben* l. l. inprimis p. 143—165. et p. 217 sq.

8) *Poehls* § 27.—Cf. et *Waechter* § 6.

9) L. 5. § 1. et 3. L. 6. et 7. L. 9. D. *h. t.* et quae praeterea in not. 2. excitantur ll.—*Retes* l. l. S. I. c. 9. et *Poehls* § 32 sq.

10) L. 5. D. *h. t.* pr. « — Naturalis meus filius

rum mutatione, tum etiam plurium inter se facta conjunctione et velut mixtura, plures etiam efficiuntur species [11]). Caeterum, quod ad forensem hujus doctrinae utilitatem attinet, cum jam id obtineat jus, ut sola conventio perfectam in se habeat obligandi vim (§ 342. not. 9.), sponte sequitur, nullum eorum, quae ex contrario Romanorum jure manarunt, apud nos superesse usum. Quemadmodum igitur utrimque nascitur actio, simul atque de eo, quod vicissim praestandum sit in hocce causarum genere, perfecte inter se consenserunt partes: sic nec amplius poenitentiae erit locus, nisi quatenus vel ex pacto vel ex propria ipsius negotii vi ac natura etiam invito altero a conventione recedere cuique licitum est [12]).

§ 345. b) *Pactorum actione munitorum formae.*

Pactorum actione munitorum (nam de *nudis*, quae etiam reliqua sunt, suo cujusque loco dicetur) tria distingui solent genera: *legitimorum* [*]), *praetoriorum*, *adjectorum*. Atque I) in priori genere haec inprimis [2]) sunt: pacta quaedam usurarum [3]), pactum dotis constituendae [4]), pactum donationis [5]), compromissum [6]); quibus a nonnullis etiam transactio adnumeratur (§ 477. nr. III.). II) Praetoria sunt pacta jurisjurandi (§ 151.), hypothecae constituendae (§ 309.), constituti [7]). Est autem constitutum conventio ejusmodi, qua quis pecuniam vel rem, quae

servit tibi, et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi tenearis, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus: *Aut enim do tibi, ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias.* In quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. (§ 1.) Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est; sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem. In qua actione id venit, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere; vel si meum recipere velim, repetam, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. — Explicitus est articulus ille do ut des. (§ 2.) At cum do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas pecunia data, locatio erit, sicut superiore casu emtio; si res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quodsi tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive — — tantum temporis consumtum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit: si ignorans, in factum civilem. (§ 3.) Quodsi faciam, ut des, et postea, quam feci, cesses dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.» (Quem locum ut conciliarent cum aliis, velut L. 3. § 4. D. *de c. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) — L. 15. et L. 22. D. *h. t.*, maximopere laborarunt interpretes. Vid. *de Retes* S. I. c. 11. — *Reichhelm* l. l. § 6—8. — *Schoulz ab Aschera-den* § 11. — *Glück* Pand. XVIII. § 1069. — *Poehls* § 30. — Cf. et *Erxleben* l. l. p. 40 sqq. — (§ 4.) «Sed si facio, ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi, tu cessas, in priore specie mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest. — — — Sed tutius erit, et in insulis fabricandis, et in debitoribus exigendis, praescriptis verbi dari actionem. Quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emtioni.»

11) Cf. *Voet.* ad Tit. Pand. *de pr. verb.* § 1. — *Hofacker* pr. jur. Rom. § 2050. nr. II. — Caeter. vid. *Poehls* l. l. § 12. p. 28 sq. p. 38 — 40. et *Erxleben* l. l. p. 212 — 215. — At vero improbanda est innominatorum contractuum in regulares et irregulares divisio. — Cf. *Reichhelm* l. l. § 2—5. — *Weber* ad *Hoepfner* § 749. not 2. et § 802.

12) Dissent. *Hofacker* l. l. § 1251. et *v. Wening* Lehrb. d. gem. Civ. R. Bd. II. § 189. in f.

345.

(*) Cf. omnino *de Buchholtz* jur. Abh. Nr. XXII.

1) Vid. L. 6. D. *de pact.* (II, 14.)

2) Nam vid. infra cap. VIII.

3) Cf supra § 229. not. 11.

4) L. 6. C. *de dot. prom.* (V, 11.)

5) L. 35. § 5. C. *de donat.* (VIII, 54.)

6) L. penult. pr. C. *de recept. arbitr.* (II, 56.)

6a) [Dissent. *Buchholtz* l. l. p. 283 sq. qui et receptum (vid. infra § 453.) adnumerat praetoriis pactis. — E. G.]

7) Dig. (XIII, 5.) et Cod. (IV, 18.) *de constituta pecunia.*

jam debetur, licet natura tantum, se esse soluturum constituit s. promittit [8]), unde constitutae pecuniae actio nascitur [9]). Differt constitutum eo potissimum a solo pacto geminato, ut vocant, quod, qui constituere vult, ad priorem obligationem nominatim se referre necesse habet [10]). Pecunia autem, quae constituitur, nihil interest, utrum alii debeatur, an ipsi, cui fit promissio [11]); est tamen ejus, quod creditori constituitur duplex forma constituti: aut proprii debiti, aut alieni. Caeterum plus inesse nequit in constituto, quam in ea pecunia, quae jam pridem debetur [12]); at vero ita potest constitui, ut aut minus solvatur, aut aliud, aut eorum immutetur ratio, quae ad obligationum spectant vel adminicula vel cautiones [13]). Est III) tertium pactorum genus, quae quoniam propria sua vi haud constant, sed ab aliarum conventionum figuris pendent ac formis, adjectorum nomine veniunt pactorum. De quibus regula proponitur haee: pacta conventa, quae bonae fidei contractibus in continenti adjiciantur, ipsis inesse, atque actionem formare ex contractu [14]). Quodsi post aliquod intervallum adjectio fit, item ex parte rei, i. e. quatenus detrahitur aliquid obligationi, utique inesse pactum videbitur contractui, non vero ex actoris parte, i. e. si quid adjicitur obligationi [15]): sic tamen, ut, si ex horum contractuum, qui solo consensu perficiuntur, substantialibus postea aliquid immutatur, potius de novo contraxisse, quam veteri obligationi adjecisse videantur partes [16]). At in stricti juris contractibus pacta ne in continenti quidem adjecta vim ullam habebant, nisi quatenus ex parte rei, seu diminuendae obligationis causa adjicerentur [17]).

8) § 9. I. *de actionib.* L. 1. § 6—8. L. 3. § 2. D. *h. t.*—L. 18. § 1. *eod.*—(Cf. not. seq.)—*Weber* naturl. Verb. § 127.

9) § 8. I. *de act.* (« In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Praetor, velut de pecunia constituta, *cui similis videbatur receptitia.*» — Vid. inprimis *Theophili* paraphr. ad h. §.)—Cf. L. 2. C. *eod.* (*Gluck* Pand. XIII. p. 365 — 372. — *W. T. Kraut* commentat. de argentariis et nummulariis (Goett. 1826.) c. X. p. 108 — 114. — Vid. et a) L. 21. § 1. D. *h. t.* — « modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur. » — b) L. 18. § 3. D. *h. t.*

10) Vid. *Weber* nat. Verb. § 125.

11) L. 5. § 2. D. *h. t.* — Cf. L. 28. *eod.*

12) L. 11. in f. L. 12. D. *h. t.*

13) L. 13. D. *h. t.*—L. 1. § 5. L. 25. pr. *eod.*—L. 3. in f. L. 4. L. 5. pr. L. 19. § 1. *eod.* — *Weber* nat. Verb. § 124. (Caeter. vid. L. 19. pr. *h. t.* «Quod sub conditione debetur, sive pure sive certo die constituatur, eadem conditione suspenditur: ut existente conditione teneatur, deficiente utraque actio depereat.» Vid. *Noodt* ad Pand. tit. *de pec. const.* § *Similis fuit*). — L. 14. § 1. et 2. D. *h. t.*

14) L. 7. § 5. et 6. D. *de pact.*—L. 13. C. *eod.* (II, 3.) — *Noodt.* de pact. c. 11.— *Roscam* D. de pact. nudis *rel.* c. 6. p. 33 sqq. — (*Hoepfner*) Uebers. d. Tit. de pact. p. 22 sq. — Cf. et *Weber* nat. Verb. § 82.

15) L. 7. § 5. D. *de pact.* verb.: «Sed hoc sic accipiendum, — — — parere exceptiones.»—L. 72. pr. D. *de contr. emt.* verb.: «Pacta conventa — — vires habebit jure exceptionis agente venditore.» (Vid. scriptt. not. 14. laudd.)

16) L. 72. pr. *de contr. emt.* verb.: An idem dici possit, — — nova emtio intercessisse videtur.» — Cf. *Glück* Pand. IV. p. 262 sq. — *Hepp* in eph. Tub. IV. p. 249—251.

17) Arg. LL. quae excitantur not. 14. — At vero magnas interpretum turbas excitavit L. 40. (Lecta) D. *de R. C.* (XII, 1.), quae quidem in damnatarum numero legum habetur. « — — cautio hujusmodi: Luc. Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo, et haec quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Maevius Publius, spopondi ego Luc. Titius. Si die suprascripta summa Publio Maevio eive, ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta, inque denarios centenus, denarios singulos dari stipulatus est Publ. Maevius, spopondi ego Luc. Titius; *convenitque inter nos*, uti pro (leg. *Publio*) Maevio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecenos, ex omni summa ei heredive ejus. Quaesitum est de obligatione usurarum: quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam: quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quod tardius soluta esset, usuras adjecisset: igitur finito primo mense, primae pensionis usuras currere; et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae (pecuniae) pensionis crescere, nec ante sortis non solutae usuras peti posse, quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subjectum est, quidam dicebant ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent, pactumque id tantum ad exceptionem prodesse: et ideo, non soluta pecunia statutis pensionibus ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cum satis petitio dilata sit, consequens

§ 346. F) *Interpretandarum conventionum praecepta quaedam* (*).

Ex iis, quae de interpretandorum negotiorum ratione supra praecepimus, nullum tam est proprium hujus loci praeceptum, quam illud : ita esse conventiones interpretandas, ut quam minima sit promittendis obligatio, sic tamen, ut in conventionibus vicissim obligatoriis, iisque ambigue conceptis, adversus eum facienda sit interpretatio, qui clarius loqui debuisset, i. e. cujus erat, legem contractus proponere; velut adversus venditorem, locatorem [1]). A quo quidem praecepto non abhorret jus eorum, qui rem aliquam specie nondum definitam debent, scil. eligendi, quam velint dare [2]).

§ 347. II. *Facta debitoris obligatoria, eaque* A) *licita.* 1) *Pollicitationes* (*).

Solis promissionibus non obligamur [1]), ne jure gentium quidem [2]). At civili jure effectum est, ut nonnullis in causis actio oriretur ex promissione non accepta, velut in dote constituenda [3]), in votis, seu promissionibus Deo factis vel ecclesiae [4]), denique in promissione civitati facta vel reipublicae, quae quidem prae caeteris vocatur pollicitatio [5]). Eaque hisce continetur legibus : 1) Opus est, ex plerorumque quidem opinione, ut a praesente promissio facta sit [6]). 2) Plerumque, ut actio nascatur ex ejusmodi promissione, certa adesse debet promittendi causa, ut honoris vel decreti vel etiam decernendi [7]), ut damni levandi, quod calamitate aliqua contigit civitati [8]). 3) Quodsi quis sine causa promisit, tamen obligatur, cum opus promissum aut ab ipso coeptum est, aut ab alio, qui quidem contemplatione pecuniae eo nomine promissae inchoavit opus [9]). 4) Ex pollicitatione obligatio nascitur et actio tamquam ex contractu [10]),

est, *rel.*» E magna scriptorum copia, qui hanc legem interpretati sunt, inprimis nominandi sunt: *C. V. Eck* de septem damnatis. Cap. II. (in suppl. thes. Meerm. p. 75 sqq.) — *Noodt* de pact. c. 12. — *Bynkershoek* Lib. singular. ad L. *Lecta* (opp. T. II. p. 1—30.) et *F. C. Conradi* in praef., quam *Bynkershoekii* opusc. praemis. — Vid. et *Bynkershoekii* D. de pactis juris str. contr. in continendi adject. p. 31 — 47. et cf. *Glück* Pand. IV. p. 268 — 276. — *Schulting* et *Smallenburg* not. ad Dig. T. III. p. 31 — 37.

§ 346.

(*) *Averanii* interp. jur. civ. III. 16 — 30. IV, 9 — 17. V, 1 — 11. — *Pothier*, Traité des obligations. Nr. 91—102. — *Toullier*, Droit civil français. T. VI. nr. 304 — 333. — Cod. Nap. 1156 — 1164.

1) Vid. l. l. § 115. not. 10. et 11. laudd. et add. L. 96. D. *de reg. jur.* et L. 41. D. *de V. O.* — Vid. *J. H. Boehmer* de interpretatione facienda adversus eum, qui clarius loqui debuisset. (Exerc. ad Pand. II. Nr. 30.). — *C. F. Boeschen* D. de pactorum ambiguorum interpretatione. Lips. 1775. — Cf. *K. S. Zachariae* Vers. einer allgem. Herm. d. R. § 88. — [Cod. Nap. 1192.]

2) Cf. L. 25. pr. D. *de contr. emt.* Nec igitur dissidet a praecepto superius posito L. 34. pr. D. *de contr. emt.* non magis quam L. 60. *eod.* quippe ex eo explicandae, quod quaevis indefinita obligatio similis sit generis obligationi vel alternativae. — Vid. L. 106. D. *de V. O.* Caeterum varie interpretes hos locos explicant. Vid. scriptt. not. 1. laudd.

§ 347.

(*) Dig. (L, 12.) *de pollicitation.* — D. *Nettelbladt* (resp. *Barth*) de pollicitatione, inprimis in specie sic dicta. Hal. 1779.

1) *Paulli* sent. rec. V, 12. § 9.

2) Vid. *Connanus* comment. j. civ. V, 8. nr. 2. — Dissent. *Hugo Grotius* de jure belli ac pacis II, 11. § 1.

3) Cf. § 162. not. 12. — Caeterum cf. *Hasse* Güterrecht d. Eheg. § 81 — 83.

4) L. 2. D. *h. t.* — Cf. *Bynkershoek* obs. jur. rom. VI, 13.

5) *Nettelbladt* l. l. § 11. — Dissent. *Bynkershoek* l. l.

6) Arg. L. 3. D. *h. t.* — *Nettelbladt* l. l. § 10. 1. — Quam tamen sententiam argumentis haud improbabilibus nuperrime impugnare conatus est *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. Nr. XIX. p. 370 sqq.

7) L. 1. § 1. L. 6. § 2. D. *h. t.* (vid. not. 12.). — Cf. L. 12. § 1. *eod.*

8) L. 4. L. 6. D. *h. t.*

9) L. 1. § 2—5. L. 3. pr. in f. D. *h. t.*

10) L. 1. pr. L. 3. D. *h. t.*

sic tamen, ut, si ex promissione operis coepti proficiscatur obligatio, atque totum perficiendo ad egestatem perduceretur promittens, et ipse et heredes ejus extranei quintam, liberi ipsius non nisi decimam patrimonii partem debeant [11]). Sin propter honorem promissio facta sit, at non praestito honore decesserit promittens, heredes ejus nihil debent, nisi jam impleri coeptum est promissum, quo facto item extranei heredes in quintam, liberi promittentis in decimam patrimonii partem tenentur, nisi perficere, quod inchoatum est, malint [12]). 5) Utique autem impleri debent conditiones, quas quidem honeste nec contra reipublicae salutem adjecit promittens [13]). Neque vero cum pollicitationibus commiscendae sunt sponsiones incertis personis propter futuram praestationem factae, (vocant: *Auslobungen*); quae quidem conventionum species sunt earum similes, unde praescriptis verbis experiri consueverunt Romani, quandoquidem non antea perfecta nascitur obligatio, quam praestitum sit illud, cujus nomine facta est sponsio [14]).

§ 348. 2) *De aliis hoc ex genere factorum summatim.*

Sunt etiam alia, quae, cum praeter conventiones licite suscipiantur, obligationes pariant, velut negotiorum gestio, tutelae administratio, hereditatis aditio. De quibus tamen quoniam nihil est quod generatim praecipiatur, suis quaeque locis relinquenda sunt.

§ 349. B) *Illicita facta, s. injuria.* 1) *De injuria exponatur generatim.*

Injuria generatim dicitur, quodcunque non jure fit [1]); idque etiam delictum vocatur (§ 89.). Omnino autem, ut de aliorum injuria conqueri apud judicem possimus, haec in unum concurrant necesse est: primum, ut aliquid non jure factum sit, quod juris nostri contineat imminutionem; deinde, ut culpa id alterius acciderit [2]). Itaque I) damnum alteri fecisse non videtur, qui aut jure suo usus est [3]), aut ex alterius voluntate fecit [4]), aut hujus ipsius injuria lacessitus intra justos defensionis terminos constitit [5]): nam omnino, quod quis ex culpa sua damnum patitur, non intelligitur sentire [6]). II) Culpa autem late sumta, ut hic, dicitur quaevis injuria, quae quidem jure meritoque imputari ejus auctori potest [7]). Eaque vel ex persona aestimanda est, vel ex ipsa re, vel ex facti qualitate. Ex persona hoc modo, ut is sit, qui damnum intulit, in quem juris injuriaeque notio atque cogitatio cadere potest [8]); ex re ita, ut factum sit ejus

11) Cf. inter se hi loci: L. 9. L. 6. pr. L. 7. D. *h. t.* — *Bucher* Recht der Forderungen § 14. in f.

12) Vid L. 11. et L. 14. *h. t.* — L. 6. § 1. *eod.*

13) L. 10. L. 13. § 1. D. *h. t.* — Cf. *Nettelbladt* l. l. § 20.

14) L. 15. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.)

§ 349.

1) Pr. I. *de injuria.*

2) L. 5. § 1. D. *ad Leg. Aquil.* (IX, 2.)

3) § 129. nr. 2.— L. 24. § 12. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.)

4) L. 46. § 8. L. 48. § 2. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 1. § 5. D. *de injur.* (XLVII. 10.) («Quia nulla injuria est, quae in volentem fiat.») — *v. Loehr* Theorie der Culpa § 16.

5) § 135. not. 1.—Add. L. 45. § 4. L. 52. § 1. D. *ad L. Aquil.*— § 2. I. *de lege Aquilia.*

6) L. 203. D. *de reg. jur.*

7) L. 9. § 3. D. *de min.* (IV, 4.) — L. 5. § 1. D. *ad L. Aquil.*— L. 15. D. *de vi et vi arm.* (XLIII, 16.) — L. 11. § 1. C. *de repud.* (V. 17.) (*v. Loehr* Theorie d. Culpa § 1. 4. Beitr. zu. d. Theor. d. Culpa p. 1. — *Hasse* die Culpa d. R. R. § 1.) — L. 5. § 2. L. 29. § 4. L. 52. § 1. D. *ad L. Aquil.* (*Hasse* § 11. 13.)

8) L. 60. D. *de R. V.* (VI, 1.)— L. 5. § 2. D. *ad L. Aquil.* — L. 61. in f. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.)—Cf. § 91. not. 1.

ipsius, qui injuria damnum dedisse dicitur [9]; denique ex facti qualitate, ut suo judicio suaque voluntate is fecerit, qui culpae arguitur [10]. Caeterum a culpa, ut quidem proprie vocatur, i. e. desidia, negligentia, imperitia, dolus plerumque separatur [11]. Cujus discriminis ratio mox exponetur, cum de omni injuriae vindicandae generc universim quaedam praeceperimus.

§ 350. 2) *Injuria quomodo vindicetur.*

Cum de vindicandis injuriis quaeritur, primum omnium videndum, utrum alii accedat obligationi injuria, an ipsa sit obligationis effectrix. Si illud est, actiones atque exceptiones, quae ex principali nascuntur obligatione, etiam ad injuriam vindicandam locum habere possunt [1]), nisi aut secus fert obligationis, de qua quaeritur, natura [2]), aut in propriam suam delicti speciem ac figuram cadit injuria [3]). Sin hoc, ex sua cujusque delicti indole res erit aestimanda. Jam vero, cum a sciente volenteque injuria admittitur, duae sunt ejus vindicandae gratia generales propositae actiones, quibus utatur qui laesus est delicto, si quidem nulla e nomine propria datur actio: altera de dolo; altera, quod metus causa; de quibus jam in generali hujus doctrinae parte expositum est (§ 163. 164.). Quodsi culpa committitur, *damnum injuria datum*, ut quidem prae caeteris vocatur [4]), Aquilia lege vindicatur [5]), idque tum directis, tum utilibus, tum in factum ex lege Aquilia actionibus [6]); quae quidem omnia in hujus libri inferiori parte (Cap. XI.) accuratius explicata dabimus. Atque in utroque injuriae genere paria delicta mutua pensatione solvuntur [7]). Omnino autem ex delictis vel ad damnum datum persequendum, vel ad poenam persolvendam, vel ad utrumque simul agitur; unde actionum nascitur divisio in rei persecutorias, ut ajunt, in poenae persecutorias, tum in mixtas [8]). Et poena quidem,

9) Cf. L. 50. D. *de reg. jur.* («Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest.») — L. 109. D. *eod.* («Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere (non) potest.») — Vid. *Theophil.* edit. *Reitz* T. II. p. 1010. et ib. not. 40. — *J. Raevardus* ad h. t. (opp. p. 350 sqq.). — *J. G. Sammet* opusc. Nr. VII. p. 202 sqq.

10) L. 167. § 1. D. *de reg. jur.* («Qui jussu judicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui [*al.* quia, *al.* cui] parere necesse habet.») — L. 169. pr. *eod.* — L. 4. D. *de injur.* — Vid. tam. et L. 45. § 4. D. *ad Leg. Aquil.* — L. 18. § 3. D. *de injur.* («Si injuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, aut si quis putet, me L. Titium esse, cum sim Gaj. Sejus: praevalet, quod principale est, injuriam eum mihi facere velle; nam certus ego sum, licet ille putet, me alium esse, quam sim, et ideo injuriarum habeo.») Cui contraria non est L. 3. § 4. *eod.* («Si quia hominem liberum ceciderit, dum putat, servum suum, in ea causa est, ne injuriarum teneatur.») Loquitur enim *Ulpianus* de libero homine, quem quis servum suum existimans possidet. Vid. Schol. Basil. T. VII. p. 480. not. m. — De superioribus autem locis (L. 4. et L. 18. § 3. D. *de injur.*) vid. quae novissime scripsit *C. E. Pfotenhauer* D. de delicto per errorem in persona commisso (Hal. 1828. 8.) ibiq. maximo Part. post. C. I.

11) L. 7. § 7. D. *de dolo malo.* (IV, 3.) — L. 7. pr. D. *depos.* (XVI, 3.) — L. 8. § 10. D. *mandati.* (XVII, 1.) — Vid. *Schoeman* Schadensersatz II. p. 6. 7. — *Hasse* l. l. § 16.

§ 350.

1) Vid. L. 152. § 3. *de reg. jur.* (cf. § 163. not. 3. § 164. not. 3.). — L. 10. pr. D. *comm. div.* (X, 3.) (cf. *Hasse* Culpa § 9. et infra § 353. not. 2.).

2) a) § 1. I. *de except.* (cf. § 163. not. 4. § 164. not. 4. et supra § 329. nr. 3.). — b) infra § 353. not. 3.

3) Vid. v. c. L. 42. D. *loc.* (XIX, 2.) (cf. supra § 140. not. 10. 11.)

4) L. 49. § 1. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — *Hasse* Culpa § 7.

5) Pr. I. *de lege Aquil.* — *Hasse* l. l. § 4—8.

6) § 16. I. *de lege Aquil.* — *Hasse* l. l. p. 32—36. not. a. b. a. — *Auctoris* Cession p. 149 sqq. not. 252. (ed. 2.). — Vid. infra § 450.

7) L. 36. D. *de dolo* (IV, 3.) — L. 10. pr. D. *de comp.* (XVI, 2.) — L. 57. § 3. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 39. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) — L. 13. § 5. D. ad *L. Jul. de adult.* (XLVIII, 5.) — Caeter. vid. *Hasse* Archiv f. civ. Pr. VII. p. 175. not. 28.

8) Vid. § 139. nr. II. not. 21. Add. *Hoepfner* Comment. § 1016. 1017.

scil. privata (§ 89. not. 5.), aut in duplum, vel triplum, vel quadruplum datur ejus, quanti ea res est [9], aut aliis delinquentem afficit incommodis [10]). De eo vero, num concurrere possit cum publica poena? non magis inter recentiores JCtos constat [11]), quam de privatarum poenarum in foris nostris usu [12]).

§ 351. 3) *Singulatim* a) *de doli praestatione.*

Dolum igitur hoc loco intelligimus injuriam, quam quis sciens volensque commisit [1]). Et quidem omnimodo praestandus est dolus [2]), ut neque cum alterius *culpa* admittatur compensatio [3]), neque pactionibus effici queat, ne dolus praestetur [4]), quamvis id utique fieri potest, ut is, ad quem ea res pertinet, jus ex dolo praeterito sibi quaesitum remittat adversario, si modo certam hujus rei habet scientiam [5]).

352. b) *De culpa ejusque praestandae ratione* (*). α) *Culpae species.*

Culpa igitur est omnis injuria, qua citra dolum malum, cui nocitum est (§ 359. not. 10), sive protervitate, insolentia, ferocitate admittatur [1]), sive temeritate tantum, desidia, negligentia, imperitia [2]). Quare innumeris fere modis culpae rei fieri possunt, tum vero, quae facta sunt ex varia et personarum et

9) § 23—25. I. *de act.* — L. 1. § 20. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — L. 50. pr. D. *de furt.* (XLVII, 2.)

10) L. § 9. I. *de lege Aquil.*—§ 7. I. *de injur.* — § 26. I. *de actionib.* — L. 12. in f. L. 13. D. *quod met. causa* (IV, 2.) (vid. supra § 134.). — L. 1. D. *de in lit. jur.* (XII, 3.)—L. 9. C. *unde vi* (VIII, 4.)

11) Caeterum affirmant plerique quaestionem propter L. 56. § 1. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 6. in f. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — Neque contraria est L. un. C. *quando civilis actio criminali praejudicet* (IX, 31.)—*Weber* ad *Hoepfner* § 1017. not. *.—*Heffter* Lehrb. des Criminalrechts § 307. not. 1.

12) Cf. *Weber* Versuche über das Civilrecht u. dessen Anwendung p. 67 sqq. — *Gluck* Pand. III. p. 608—610. — *C. G. A. Gruner* de poenis Romanorum privatis earumq. usu hodierno. Lips. 1805.

§ 351.

1) Cf. § 94.—*Hasse* l. l. § 17—20.

2) L. 62. in f. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.)—L. 18. § 3. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — L. 72. § 3. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.)

3) L. 45. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

4) L. 23. D. *de reg. jur.* (« — non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei judicio contrarium est.») — L. 27. § 4. D. *de pact.* (not. 5.).—L. 17. pr. D. *commodati* (XIII, 6.) (« In commodato haec pactio: ne dolus praestetur, rata non est.») — L. I. § 7. D. *depos.* (XVI, 3.) — L. 5. § 1. D. *de pact. dotalib.* (XXIII, 4.) — L. 7. § 15. D. *de pactis.* — L. 27. § 3. *eod.* (« Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur, quamvis si quis paciscatur: ne depositi agat, vi ipsa id pactus videtur, ne de dolo agat: quod pactum proderit.») — Cf. supra § 142. nr. 4. et L. 195. D. *de reg. jur.*—At varie hos locos explicant interpretes. — Vid. *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. XVI. c. 6. p. 876. — *A. Fabri* rational. ad Pandect. ad L. 7. § 15. *de pact.* p. m. 181. — *G. Noodt* de pactis et transact. c. 19. (opp. T. II. p. 467.). — Cf. etiam *Hasse* l. l. § 61. et *Gluckium* IV. § 320. not. 97.

5) L. 27. § 4. D. *de pact.* (« Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda, veluti si paciscar, ne furti agam, vel injuriarum, si feceris: expedit enim, timere furti vel injuriarum poenas. *Sed post admissa haec pacisci possumus.*») — L. 34. C. *de transact.* (II, 4.) — *Gluck* Pand. IV. § 320. not. 97.

§ 352.

(*) *H. Donelli* comm. jur. civ. Lib. XVI. c. 6. 7. — *Fr. Schoeman* Lehre vom Schadensersatz Bd. I. et Handb. des Civilr. I. Nr. V. p. 161—361. — *E. v. Loehr* die Theorie der culpa. Giess. 1806. *F. Schoeman* Prüf. d. Theorie d. culpa des Hrn. v. Lœhr (Handb. d. Civilr. II. Nr. X. p. 227—290.). — *v. Loehr* Beiträge zu der Theorie d. culpa Giess. 1808. — *J. C. Hasse* die culpa des röm. Rechts. Kiel 1815. *Ejusd.* judicium de libro: Essai sur la prestation des fautes, où l'on examine combien les lois romaines en distinguent d'espèces, par *le Brun*, etc. Par. 1813. (in der Zeitschrift f. hist. R. W. IV. Nr. V.—Cf. de eodem libro *Blondeau* in themide T. II. p. 349.) — *C. F. Elvers* doctrinae jur. civ. rom. de culpa lineamenta. Goett. 1823. — *P. L. Kritz* üb. die culpa nach. R. R. Leipz. 1823.

1) Vid. v. c. L. 50. § 4. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — (*Hasse* l. l. p. 102. 103.) — Add. supra § 349. not. 10. et infra not. 7.

2) L. 9. § 5. D. *loc. cond.* (XIX, 2.)—L. 132. D. *de reg. jur.*—§ 8. I. *de lege Aquilia.*

causarum conditione, ponderanda sunt, ut intelligatur, num culpae alicujus tribuenda sint [3]). At nihilominus juris nostri auctores duas tantum statuerunt esse culpae species et velut gradus, quibus judicantium arbitrium regatur, latam et levem culpam. Et prior illa, quod ad damna restituenda omninoque ad civilia judicia pertinet, dolo comparatur [4]); etenim cum lata culpa non nisi ab eo contrahatur, qui aut dissolutam negligentiam hominisque nimium securi socordiam agendo prae se ferat [5]), aut minorem rebus alienis quam suis adhibeat diligentiam [6]), aut periculum, quod immineat, quin nonnumquam etiam injuriam a se ipso admitti, non ignoret [7]): vix est, ut a certo nocendi proposito discerni possit ista culpa [8]); eamque ipsam ob causam doli appellatio saepissime et latae culpae mentionem in se continet, contrario *culpae* nomine opposito, quippe ad levem culpam, velut ad unam, relato [9]). Fit autem levis culpa diligentiam talem omittendo, qualem diligens homo et studiosus paterfamilias res suas administrans exhibere solet [10]). At vero sufficit interdum, tantam alienis causis adhibuisse diligentiam, quantam quis suis ipsius rebus praestare consuevit, sic tamen, ut latae culpae numquam venia detur [11]). Contra in nonnullis negotiis et custodia praestanda est; cujus quidem vocabuli duplex est significatio, una vulgaris, altera singularis et huic loco velut propria. Illa generatim pertinet ad rei custodiendae officium, ejus etiam, qui non nisi propter latam culpam tenetur [12]). Singularis vero significatio, quae et plenae custodiae nomine venit, ad furtorum praestationem *maxime* refertur, propterea, quod tali adhibita diligentia plerumque fieri posse putarunt juris nostri auctores, ut furti periculum evitetur [13]). Omnino autem latae et levis culpae distinctio ad ea tantum pertinet officia, quae vel ex obligationis vinculo vel propter rerum alienarum possessionem homines oportet subire. A quibus longe differt illud velut commune omnium hominum officium, cavere, ne eo injuriae genere, quae lege

3) *Hasse* Culpa § 25. 26. — *Id.* Zeitschr. für. hist. R. W. IV. p. 197. Vid. § 354. not. 3.—Cf. et *Puchta* p. 147 sq.

4) L. 1. § 1. D. *si mensor fals. mod. dix.* (XI, 6.)— L. 29. pr. D. *mandati.* (XVII, 1.)—L. 5. § 5. et 15. D. *ut in poss. leg.* (XXXVI, 4.)— L. 8. § 3. D. *de prec.* (XLIII, 26.)—L. 1. § 5. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 1. § 2. D. *si is, qui test. lib. esse juss. erit, post mortem domini ante adit. hered. subrip. aut corrup. quid dic.* (XLVII, 4.) — L. 7. in f. D. *ad L. Cornel. de sicar.* (XLVIII, 8.) — Vid. tam. L. 11. § 4. D. *de his, qui not. inf.* (III, 2.) — L. 7. § 1. D. *de susp. tut.* (XXVI, 10.) — L. 11. D. *de inc.* (XLVII, 9.) — L. 15. pr. D. *ad Leg. Cornel. de fals.* (XLVIII, 10.) — L. 38. § 5. D. *de poen.* (XLVIII, 19.) — Cf. *Auctoris* Diatr. de jur. et f. ign. § 6. et *Glück* Pand. IV. § 323.

5) L. 213. § 2. D. *de V. S.* (« Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intelligere, quod omnes intelligunt. ») — L. 223. *eod.* — L. 11. § 3. D. *de instit. act.* (XIV, 3.)

6) L. 32. D. *depos.* (XVI, 3.) — L. 22. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.)— *Hasse* Culpa § 40. et 63. — Cf. et L. 5. § 3. D. *commod.* (XIII, 6.)

7) L. 29. pr. *mandati.*— Vid. § 349. not. 10.

8) *Hasse* Culpa § 22.

9) V. c. L. 6. § 3. D. *de prec.* — L. 1. § 5. D. *de O. et A.* — L. 1. § 2. D. *si is, qui test. lib.* etc. — *Kritz* l. l. § 5.

10) L. 65. pr. D. *de usufr.* (VII, 1.) — L. 14. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) —L. 54. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 25. pr. D. *de probat.* (XXII, 3.) « Homo diligens et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse. » — *Hasse* Culpa p. 121 — 127. — *Haenel* l. l. § 27. 28. Eademque et exacta, exactissima diligentia, talis etiam, qualem diligentissimus paterfamilias rebus suis exhibere solet, nonnumquam appellatur. — *v. Loehr.* Beiträge p. 96 sqq.

11) § 1. in f. I. *de obl., quae qu. ex contr. nasc.* — L. 72. D. *pro soc.* (XVII, 2.) — L. 3. D. *de per. et comm. rei vend.* (XVIII, 6.) —*Hasse* § 41. § 53. p. 227. § 60.— Cf. §. seq. not. 6. — Vid. et *Haenel* l. l. § 29 — 31.

12) L. 1. pr. D. *depos.*— *Hasse* Culpa § 76.

13) L. 10. § 1. D. *commod.*— L. 52. D. *pro soc.* — L. 31. pr. D. *de a. e. v.* — L. 12. pr. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 14. § 10. D. *eod.* (« — habet furti actionem, — qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa ejus perierit. ») — *v. Loehr* Theorie der Culpa § 10. — *Ej.* Beitr. p. 15. — Cf. *Hasse* Culpa § 82. 83. et Zeitschr. p. 229. — *Gensler* Archiv I. 30. — Utique tamen liberatur a furto praestando, qui nullam eo nomine culpam admisit. Dissentit *v. Loehr* Beitr. p. 163 sqq.—Sed vid. L. 1. § 35. D. *dep.* — L. 14. § 6. 12. D. *de furt.* et *Hasse* Culpa § 84— 86. 91. — Cf. § seq. not. 7. — Caeter. vid. et L. 1. in f. D. *usufr. quemadm. cav.*

Aquilia vindicatur [14]), rebus alienis inferant damnum; quo quidem quamvis levi culpa facto ad *damnum injuria datum* resarciendum omnes tenentur [15]). Hacc igitur injuria, cum *faciendo* semper admittatur [16]), prae caeteris *culpae* nomine appellari solet, reliqua vero omnis *negligentiae*, ideo quod *diligentiam* debitam omittendo contrahitur; neque attinet, praeterea culpae in faciendo et in non faciendo discrimen statuere, cum similiter negligentes sint, et qui omittant, quod facere eos oportet, et qui faciendo contra suum officium aliquid committant [17]).

§ 353. β) *Culpae praestatio.*

Atque Aquilia quidem culpa, ut nunc fere dici solet, omnimodo praestanda est, etiam ab eo, qui alioquin non nisi propter latam culpam tenetur [1]), hac tamen utique servata differentia, quod is, cui vel leviter negligenti damna suscipienda sunt, *ea actione, quae ex obligatione descendit*, conveniri potest, ut et Aquiliam culpam et negligentiam praestet [2]); quod contra fit, si is, qui culpae reus arguitur, ob eam tantum negligentiam, quae dolo proxima est, tenetur [3]). Negligentiae vero praestandae rationem pro varia obligationum officiorumque indole [4]) varie definiverunt Romani. Nam I) in dandi restituendique obligationibus, quarum commodum atque utilitas ad alterum maxime spectat, hic quidem omnem culpam praestare debet, alter latam duntaxat; contra vero in obligationibus, quarum utilitas commodumque ad utrumque pertinet, tum etiam in iis officiis, quae ex rerum alienarum possessione iisque utendi fruendique jure proficiscuntur, omnis culpa plerumque praestanda est [5]), quae quidem, cum rei conservandae tuendaeque officium in obligatione est, simul in se continet custodiam [6]). At vero sociis, similique quodammodo ratione marito res dotales administranti, talem diligentiam adhibuisse sufficit, qualem in suis rebus exhibere consueverint [7]). II) Ex rerum alienarum administratione is, qui vicariam suam operam supponit, licet ad alterum solum pertineat commodum, tamen

14) Vid. infra § 450. et *Hasse* Culpa § 11. 12. p. 21 — 70. — Cf. *Kritz* l. l. § 9.

15) L. 44. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — § 5. I. *de lege Aquil.* — L. 30. § 3. L. 31. L. 35. § 4. D. *eod.* — *Hasse* Culpa § 14. 15. — Cf. L. 7. § 8. L. 18. L. 27. § 9. D. *eod.* — L. 7. § 1. D. *commod.* — L. 47. § 1. D. *pro soc.* (cf. not. 1. et 2. § seq.).

16) L. 13. § 2. D. *de usufr.* (VII, 1.)—De L. 27. § 9. D. *ad Leg. Aquil.* vid. *Hasse* p. 29.

17) *Hasse* Culpa § 27 — 34.

§ 353.

1) L. 42. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — L. 18. § 1. D. *commod.* (XIII, 6.) — *Schoeman* Handb. d. Civilr. I. p. 206 — 212. — *Glück* Pand. Bd. X. § 699.

2) L. 10. pr. D. *comm. div.* — Vid. not. seq. et cf. *Hagemeister* Einfluss des Obligationsverhältn. auf die act. ex Lege Aquil. (in *v. Loehr* et *Grolman* Magazin Bd. III. Nr. VI.).

3) *Hasse* Culpa § 37. 39. 63.

4) Quo quidem nomine etiam discrimen haud leve olim fuit inter stricti juris bonaeque fidei judicia. L. 91. pr. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — (*Hasse* § 34.)— Cf. *Paulli* rec. sent. V, 7. § 4. et *v. Loehr* Theorie d. Culpa p. 134.—*Elvers* l. l. p. 73—80.

5) L. 5. § 2. L. 10. § 1. L. 18. pr. D. *commod.* (XIII, 6.)—L. 13. § 1. D. *de pign. act.* (XIII, 7.)— L. 17. § 2. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.)—L. 108. § 12. D. *de legat.* I. — L. 31. § 3. D. *de her. pet.* (V, 3.) — L. 36. § 1. L. 45. L. 65. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 65. pr. in f. D. *de usufr.* (VII, 1.)— L. 2. D. *de usufr. quemadm. cav.* (VII, 9.)— L. 22. § 3. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — L. 1. § 1. D. *si mens. fals. mod. dix.* (XI, 6.) — (*Hasse* § 68.) L. 1. § 35. D. *depos.* (XVI, 3.) — L. 8. § 3. 6. 8. D. *de prec.* (XLIII, 26.)—(*Hasse* § 96. nr. 1.)

6) § 5. I. *de loc. et cond.* — L. 2. D. *usufr. quemadm. cav.* — L. 31. pr. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 14. § 15 — 17. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 19. C. *de pignor.* (cf. § 352. not. 13.) — *Hasse* Culpa § 88.

7) L. 25. § 16. D. *fam. ercis.* (X, 2.) — L. 72. D. *pro soc.* (XVII, 2.) — § 9. I. *de societ.* — L. 17. pr. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.)—L. 18. § 1. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — (*Hasse* Culpa § 62.) — Quomodo autem interse differant et negligentia suis rebus non consueta, quam culpam levem in concreto vocant, et lata culpa, quae contrahitur ab eo, qui minorem alienis rebus quam suis adhibuit diligentiam (§ 352. not. 11.), lucuienter exposuit *Hasse* Culpa § 42. § 53 — 57. 74. —Cf. not. 3. et not. 10.

ad id plerumque tenetur, ut damnum, quamvis levi culpa datum, resarciat [8]; nisi quod et tutores curatoresve, et ii, qui necessitate quadam coacti rerum alienarum curam susceperunt, eam tantummodo necesse habent praestare diligentiam, quam quisque suis ipsius rebus adhibere solet [9]. Quid ? quod heredes, cum tutorum, tum magistratuum, omnino non tenentur ex defunctorum culpa, nisi ejusmodi sit culpa, quae dolo proxima est [10]. Caeteroquin et testamento caveri, et pacto conveniri et mora admissa fieri potest, ut alius, vel major vel levior, culpae gradus suscipiendus sit, atque e lege oporteat [11].

§ 354. γ) *Contra eos disputatur, qui plures esse culpae gradus statuant.*

Sunt, qui contendant, plures esse culpae gradus, quam de quibus modo diximus, tres ad minimum : latam, levem, levissimam culpam [1]. Contra quos haec monere sufficiat : Primum, neque cum civilis prudentiae fine, neque cum aequitatis ratione congruere, in officiis negotiisque, quibus vitae humanae actio continetur, ultra etiam exactam illam diligentiam, quam prudens ac diligens homo praestare soleat, quemquam obligari [2]; deinde, diligentiam illam a juris nostri auctoribus et dolo ac latae culpae, et casui, constanti fere loquendi usu opponi solere [3]; denique, promiscue saepius usurpari vocabula, quae quidem a contrariae sententiae auctoribus ad diversos culpae gradus trahi consueverint [4], quodque huic conjunctissimum est, inter se comparari eodemque plane loco haberi negotia officiaque, in quibus longe diversam fuisse culpae aestimandae praestandaeque rationem vulgo existimant [5]. Ex quibus jam sua sponte elucebit, levissimam istam culpam, cujus in libris nostris uno certe loco mentio fit [6], nihil esse, nisi amplificationem quandam orationis extollendae gratia ab Ulpiano usurpatam, similique ratione alias etiam loquendi formulas, velut has : exacta et exactissima diligentia, diligentia quam diligens, quam diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet, et quae eorum sunt similes, inter se permisceri solere [7]. Neque vero id nobis negotium facessit, quod praeterea occurritur : cum a dolo, tum a culpa, scilicet levi, et custodiam et diligentiam tamquam diversas culpae species separari. Quod quomodo intelligendum sit,

8) § 1. in f. I. *de obl., quae quasi ex contr. nasc.* — L. 21. § 3. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 11. et 13. C. *mandati.* (IV, 35.) — L. 6. D. *de magistr. conv.* (XXVII, 8.)

9) L. 1. pr. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — L. 3. § 9. D. *de negot. gest.* (III, 5.)

10) L. 4. D. *de magistr. conveniend.* — L. 17. C. *de negot. gest.* (II, 19.) — *Hasse* Culpa § 73. 75.

11) L. 72. § 3. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 5. § 2. D. *commod.* — L. 1. § 6. 10. 35. D. *depos.* — L. 17. D. *de per. et comm. rei vend.* (XVIII, 6.) — L. 9. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.)

§ 354.

1) Plures esse defenderunt et *Schoemanus* l. c. (vid. tamen *Ejusd.* jurist. Fragm. p. 92 sqq.) et nuper etiam *Gensler* (Beitr. zu d. Lehre v. der Diligenz u. Culpa. Heidelb. 1819.)

2) *Hasse* Culpa § 15. p. 91 — 95. § 26. — *Id.* Zeitschrift für gesch. R. W. IV. p. 198 — 200. — Cf. et *Goeschen* Grundriss § 393.

3) Velut L. 32. pr. D. *de negot. gest.* — L. 30. D. *de pign. act.* — L. 52. § 3. D. *pro soc.* — L. 68. pr. D. *de contr. emt.* — L. 2. § 1. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) — L. 13. C. *mandati.* (IV, 35.) — § 3. I. *de lege Aquilia.*

4) V. e. L. 18. § 9. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) et L. 35. § 4. D. *de contr. emt.* — L. 1. § 4. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) et L. 16. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.) — L. 44. D. *ad Leg. Aquil.* et L. 31. *eod.* — § 1. I. *de obl., quae quasi ex contr. nasc.* et L. 20. C. *de negot. gest.* (II, 19.) — v. *Loehr* Theor. d. Culpa § 8. p. 43—57. et Beitr. p. 58—116.

5) Velut L. 5. § 15. D. *commodati.* — L. 3. D. *de per. et commodo rei vend.*

6) L. 44. D. *ad Leg. Aquil.*

7) Vid. *Jac. Raevardus* ad L. 23. D. *de reg. jur.* (opp. p. 200 sq.). — *H. Donellus* l. 1. p. 379. et 381., inprimis autem praefatio operi Hassiano praemissa.

ex eo facile judicabitur, quod de utriusque hujus vocis et nomine et notione supra (§ 352.) a nobis expositum est [8]).

§ 355. III) *De reliquis obligationum causis summatim.*

Exoriuntur nonnumquam obligationes et citra obligatorium debitoris factum, ex sola aequitate legibus agnita. Et causa earum esse varia potest, velut debitoris nexus aut cum iis, unde proficiscuntur facta obligatoria [1]), aut cum creditorum personis [2]); praeterea aequitas, quae provideat, ne quis cum alterius damno lucrum sentiat, suasque sibi res conservet [3]), tum vero culpae negligentiaeve praesumtio [4]), denique certae rei possessio [5]). Quae quidem hoc in loco universim innuisse sufficiat, siquidem singulae harum obligationum causae suis quaeque locis relinquendae sunt.

CAPUT III.

DE JURE, IN QUO VERSATUR OBLIGATIO, S. DE OBLIGATIONIS MATERIA, VI ATQUE EFFECTU.

§ 356. I. *De materia obligationum* A) *praecepta generalia.*

Possunt et res, ut proprie dicuntur (§ 212.), in obligatione esse, et facta [1]). Universim autem de obligationum materia, praeter ea, quae supra, de conventionibus disserentes, in medium protulimus (§ 334.), haec etiam praecipienda sunt: 1) Per rerum naturam ut esse aut fieri possit necesse est, quod in obliga-

8) Quibus quidem adhibitis distinctionibus nullo negotio explicari poterit L. 5. § 2. D. *commodati.* « Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione: utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito; nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit: tunc enim, ut est constitutum, et culpa exhibetur. — Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate: et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur: et ideo verior est Qu. Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam. » (*v. Loehr* Theorie der Culpa p. 47. 48.) —Cf. et L. 47. § 5. D. *de leg.* I. et L. 18. pr. in f. D. *commod.* — *v. Loehr* Beitr. p. 214 sqq. — Atque similiter L. 23. D. *de reg. jur.* interpretanda est, de cujus tamen loci et lectione et sensu acriter inter doctos disputatur. Florentiae ita legitur: «Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum: depositum et precarium; dolum et culpam: mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta, *in his quidem et diligentiam*, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. (Vid. *Schoeman* jur. Fragm. p. 99 — 104. — *Hasse* Culpa p. 295 sqq. et Zeitschr. p. 210 — 215.) — Cf. et L. 226. D. *de V. S.* (« Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. » — *Hasse* Culpa p. 276.— *Kritz* l. l. p. 34. 35.) et L. 13. § 1. D. *de pign. act.* « Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia: vis major non venit.» (L. 19. C. *de pignorib. et hyp.* (VIII, 14) — *Hasse* Culpa p. 211. et p. 234. — Omnino autem in hunc locum cf. et etiam *Haenel* Lehre vom Schadensersatz § 21—24.

§ 355.

1) Vid. inprimis Inst. (IV, 7.) *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur;* et (IV, 8.) *de noxalib. actionibus.*

2) Cf. supra § 211.

3) a) L. 206. D. *de reg. jur.* — L. 3. § 4. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — Dig. (XV, 3.) *de in rem verso.* — b) Dig. (XIV, 2.) *de L. Rhodia de jactu.*

4) a) Dig. (IX, 3.) *de his, qui effuderint, vel dejecerint.* — b) L. 1. § 1. et 3. D. *nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant* (IV, 9.) — L. un. § 5. 6. D. *furti adversus nautas, caupones, stabularios* (XLVII, 5.)

5) V. c. Dig. (X, 4.) *ad exhibendum.* — (XXXIX, 2.) *de damno infecto.* — (XXXIX, 3.) *de aquae pluviae arcendae actione. rel.*

§ 356.

1) L. 2. pr. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

tionem deducitur[2]), licet nihil impediat, quo minus etiam rei, quae nondum existit, obligatio sit[3]). Praetcrea 2) in commercio sint res, quae obligationi subjiciantur[4]); tum vero 3) facta in obligationem deducta honesta sint, nec lege prohibita[5]); denique 4) quid praestandum sit, non ex mera debitoris voluntate pendeat[6]).

§ 357. B) *Summae divisiones.* 1) *Certae, incertae obligationes.*

Duae inprimis sunt memorandae obligationum divisiones, quae quidem ad materiam illarum spectent; una certarum et incertarum, altera dividuarum et individuarum. Et certae quidem obligationes non uno modo opponuntur incertis. Nam (ut de ea taceamus notione, quae in judiciorum ratione antiqua tota inhabitat)[1]), alias incerta vocatur obligatio, cum, quid, quale et quantum debeatur, prorsus ignoratur, quo quidem fit, ut nulla sit obligatio[2]); alias, cum aut quantitas quidem ignoratur, aut qualitas, aut species, quae debeatur, at caeteroquin satis certis notis res est definita, ut obligatio oriatur[3]). Quo in genere inprimis haec sunt: cum, quid praestandum sit, ex arbitrio pendere boni viri vel judicis aut lex jussit, aut privatorum voluntas[4]); item cum generis obligatio constituitur, i. e. singulae res, specie tamen nondum definitae, et certo genere debentur[5]), cui quidem persimilis est alternativa, ut vocant, obligatio. Utraque enim in causa, nisi aut ex testamento oritur obligatio, aut secus est constitutum ab his, quorum est ea de re statuendi facultas, penes debitorem erit electio[6]), quam ne eo quidem amittet, quod errore lapsus plures res, quam quae debebantur, praestitit[7]). Ad quemcunque autem pertineat eligendi jus, sive ad debitorem sive ad creditorem, mutari voluntas facta electione nequit, nisi nominatim concessum est variandi jus[8]): at vero morte non exstinguetur

2) L. 31. D. *de reg. jur.* — § 1. I. *de inutilib. stipul.*

3) L. 8. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)—§ 7. I. *de legat.*

4) § 2. I. *de inutilib. stipulat.*— L. 39. § 8—10. D. *de leg.* I.—Caeter. vid. a) supra § 333. nr. 1.— b) L. 40. D. *de leg.* I.

5) L. 26. D. *de V. O.* — L. 7. § 3. 7. 16. D. *de pactis.* (II,14.)—L. ult. C. *eod.* (II, 3.)—L. 12. § 3. D. *de leg.* I.

6) L. 108. § 1. D. *de V. O.* — L. 8. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 7. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)—L. 52. in f. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1.)

§ 357.

1) Quae quidem ex actionum incerti atque incerti divisione descendit, et, quamvis aliqua ex parte cohaeret cum ea, quam nunc tractamus, tamen toto genere ex litium causarumque apud Romanos tractandarum propria indole pendet, ex eaque explicanda est (cf. § 138. Nr. II. et supra § 330.).

2) L. 94. L. 115. pr. D. *de V. O.* (*verb.*: « non secus — — adjecto nomine »). — L. 1. C. *de dot. promiss.* (V, 11.) (cf. § 220. context. ad not. 3.)

3) L. 75. D. *de V. O.* — L. 52. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 15. L. 37. pr. D. *de leg.* I. — Cf. et nol. sqq. et *Averanii* interpr. (IV, 15.)

4) a) L. 69. § 4. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.)— b) L. 3. C. *de dot. prom.* (V, 11.) — L. 7. pr. D. *de contr. emt.*—L. 24. pr. *loc.* (XIX, 2.) (cf. et L. 25. pr. D. *loc.* et L. ult. C. *de contr. emt.* (IV, 38.). — c) L. 1. § 1. D. *de leg.* II. (Cf. L. 75. pr. D. *de leg.* I.—L. 11. § 7. *de leg.* III.)

5) Cf. L. 75. § 1. D. *de V. O.*—L. 71. pr. D. *de leg.* I. — Caeterum ita sit comparata obligatio, ut quidquid ejus nomine praestetur, aliquam saltem utilitatem afferre possit creditori. Atque hinc explicanda est L. 115. pr. D. *de V. O.* (« — vel fundum dari, non adjecto nomine ») et L. 69. § 4. D. *de jure dot.* (« — fundo non demonstrato, nullum esse legatum vel stipulationem fundi. ») — Cf. et *Averanii* interpr. IV, 14. nr. 2.

6) L. 34. § 6. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 10. in f. *de jure dot.* (XXIII, 3.)—L. 95. L. 106. L. 112. pr. D. *de V. O.* — Cf. L. 108. § 2. D. *de leg.* I. — L. 2. § 1. D. *de opt. vel elect. leg.* (XXXIII, 5.) — *J. N. Hertius* de electione ex obligatione alternativa debitori debita (opusc. Vol. I. T. III. p. 332 sqq.).

7) L. 10. C. *de cond. indeb.* IV, 5. (cf. L. 26. § 13. D. *eod.* (XII, 6.) et L. 19. *de leg.* II.)

8) L. 112. pr. D. *de V. O.* — Cf. *Hertius* l. l. Sect. II. § 7. et S. IV. § 4. —Caeter. vid. L. 21. § 6. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

jus eligendi [9]). Quodsi per alterum factum est, quo minus alteri sit eligendi potestas, tamen retinetur electio, eatenus quidem, ut litis aestimationem petere possit, qui jure suo privatus est [10]). Caeterum etiam ubi electio remansit apud debitorem, secernere JCti solent obligationem alternativam, de qua quidem antea diximus, a jure alternativo, cujus haec est vis, ut, cum altera tantummodo in petitione sit res, tamen alterius solvendae jus habeat debitor [11]).

§ 358. 2) *Dividuae, individuae obligationes* (*).

Quoniam de rebus dividuis atque individuis praecepta, quae supra (§ 224.) tradidimus, inprimis spectant ad obligationum causam, pauca tantum supersunt, quae hoc etiam in loco monenda addendaque nobis visa sunt. Igitur 1) quod praecipitur: plerumque non licere debitoribus, per partes, i. e. diversis temporum intervallis, exsolvere aes alienum [1]), minime cohaeret cum individuarum dividuarumque obligationum discrimine, quippe quod ad ipsius materiae, quae subjicitur obligationibus, spectet divisionem [2]). Jam vero 2) cum in rebus individuis partium neque petitio, neque praestatio sit, sequitur, ut nec plurium rerum partes peti solvique possint, cum aut genus in obligationem deducitur, aut alternativa, ut vocant, obligatio constituta est [3]). Quodsi 3) plures sunt rei obligationis individuae, in solidum actiones eis plerumque [4]) atque in eos dantur [5]), quare 4) cum ejusmodi obligatio constituta est, ut aut fiat aliquid, aut non fiat, etiam per unum committitur stipulatio [6]). Quid? quod 5) poenae

9) L. 75. § 3. *de leg.* I. — L. 76. pr. D. *de V. O.* — Cf. et L. 141. pr. *eod.* — Vid. *Auctoris* Cession (ed. II.) p. 261 — 274. et supra § 73. not. 3.

10) Cf. L. 95. pr. et § 1. D. *de solut.* et § 33. I. *de act.* (de plus petitione causa).

11) Vid. v. c. L. 1. *de noxalib. actionib.* (IX, 4.) — L. 6. § 1. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 16. § 3 D. *de pignorib.* (XX, 1.) — L. 2. C. *de rese. vend.* (IV, 44.) — Cf. *Danz* ord. Proc. § 73. in f. (ed. *Goenner*).

§ 358.

(*) *F. de Retes* de dividuis et individuis obligat. (in *Meermanni* thes. T. VII.) — *Molinaeus* Tr. de dividuo et individuo. — *Pothier*, Traité des obligations. Nr. 288—337. — *Toullier*, Dr. civ. fr. T VI. Nr. 749 sqq. — *J. Rubo* über die Theilbarkeit u. Untheilbarkeit der Obl. nach d. Röm. R. Berl. 1822. 8. (vid. § 224. not. *.) — *Christr. Ad. de Scheurl* comm. de — dividuis et individuis obligationibus. Erl. 1835. 8. [Cod. Nap. 1217—1225.]

1) L. 41. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.)

2) Vid. supra § 224. nr. 1. not. 11. 12. et *Rubo* l. l. p. 52 sqq.

3) L. 2. § 1. D. *de V. O.* (« — — quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit. » *rel.*). — Cf. supra § 224. not. 10. et *Rubo* l. l. § 6. — *Ribbentrop* zur Lehre von der Correalobl. § 22.

4) Vid. enim L. 85. § 4. D. *de V. O.* — (*Rubo* l. l. § 13. et § 14. p. 146. in f. p. 147.) — L. 2. § 6. L. 3. L. 4. pr. D. *de V. O.* (*Rubo* p. 162.)

5) Ut in servitutibus praediorum (L. 17. D. *de servit.* (VIII, 1.) — L. 6. § 4. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.) — L. 25. § 9—11. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) cf. § 279. nr. 6.), ut in pignoris jure (§ 317. not. 4.), cf. L. 192. pr. D. *de reg. jur.* — L. 2. § 1. et 2. *de V. O.* — L. 12. D. *de opt. vel elect. leg.* (XXXIII, 5.) — L. 11. § 23. 24. D. *de leg.* III. — Vid. et § 169. in f. et supra § 224. in f. et infra not. seq. — Cf. omnino *Ribbentrop* zur Lehre von der Correalobligation § 21—24. et *Scheurl* l. l. T. III. cap. III. p. 87 sqq.

6) L. 72. pr. L. 85. § 2. D. *de V. O.* — L. 2. § 5. *eod.* — L. 85. § 3. L. 131. pr. *eod.* — L. 25. §. 12. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — Cf. *Rubo* l. l. § 14. p. 145 — 154. — [Quod quidem naturae ejusmodi obligationum maxime conveniens, quippe quae individuae sint. *Scheurl* ab *individuis* distinguit *dividua facta.* (l. l. P. II. c. II. p. 51 sqq. P. III. c. II. p. 77 sqq. aliisque locis). Sed semper individuum est factum, licet multa alia complectatur, e. g. obligatio aedium construendarum; quod non impedit, quominus facta quaedam separatim objectum obligationis faciendi constituant, nec non plurium reorum singuli pro parte teneantur. (L. 2. § 2. D. *de stipulat. praetor.* (XLVI, 5.) — L. 4. § 1. D. *de V. O.* — Vid. inprimis *Ribbentrop* p. 215—218. — Cf. et *Scheurl* l. l. p. 77 — 86.) Hoc vero non nisi exceptionis nomine venit; nam in obligatione ejusmodi constituta, ut aut fiat aliquid, aut non fiat, omnes in solidum tenentur rei, quia omne factum individuum. (Diss. *Scheurl* p. 95 sqq.) — Caeterum latius etiam processerunt Romani, quippe qui et in obligatione tradenti stipulando constituta singulos in solidum teneri voluerint. (L. 72. pr. D. *de V. O.*); ex quo explicandae sunt L. 85. § 5. L. 139. D. *de V. O.* — L. 62. § 1. D. *de evict.* (XXI, 2.), quibus praecipitur, venditoris heredes in solidum teneri de evictione praestanda. — Vid. *Ribbentrop* l. l. § 25. — E. G.]

stipulatione dividuae obligationi adjecta eatenus individua efficitur obligatio, ut jam propter singulorum debitorum omissionem poena committatur [7]). Quod tamen non impedit, quo minus et hic, omninoque omnibus in causis, ubi pecunia coepit esse in obligatione, singulorum condemnatio fiat pro rata pecuniae parte [8]).

§ 359. C) *De obligationum accessionibus*, 1) *generatim.*

Obligationum accessiones voco, quodcunque praeter rem aut causam, principaliter in obligationem deductam, peti potest; quo in genere inprimis est, quod praeter fructus rerum, s. naturales s. civiles, omninoque omnem causam rebus cohaerentem, ejus quod interest nomine petitur (§. 225. nr. 5.). De quo uno, i. e. de damnis eorumque resarciendorum ratione, hoc in loco videamus, quoniam reliqua, cum propter generaliorem eorum naturam, tum vero propter nexum eorum interiorem cum aliis doctrinis notionibusque, supra jam absolvimus (§ 226—232.).

§ 360. 2) *Singulatim de damnis eorumque resarciendorum ratione* (*). a) *Damni notio et species.*

Damnum hoc quidem loco appellamus: rei familiaris jacturam [1]), quam quis aut fecit, aut futuram veretur; nam et damni infecti nonnumquam ratio habetur, hoc pacto, ut is, cui quandoque damnorum reparandorum incumbat officium, idonee eo nomine caveat [2]). Est autem duplex damni notio, altera generalis, altera specialis. Et illa quidem omnino omnem commodorum ad familiarem rem spectantium complectitur amissionem [3]), haec autem eorum tantum continet jacturam, quae jam in patrimonio fuere ejus, cui damnum datum est; unde fit, ut lucrum, quo quis prohibetur, opponatur damno [4]). Recentiores igitur JCti damnum dividere solent in positivum, s. emergens, atque in negativum, (damnum privativum s. lucrum cessans) [5]). Utrumque etiam ejus quod interest nomine in jure nostro venit [6]), quod quidem nomen ei prae caeteris tribuitur, quod praeter rei aestimationem praestandum sit laeso, contrariis verbis

7) L. 5. § 3. L. 85. § 6. D. *de V. O.* — L. 25. § 13. D. *fam. ercisc.* — *Rubo* l. l. § 15.

8) L. 72. pr. L. 85. § 5. D. *de V. O.*—L. 13. § 1. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — Cf. L. 44. § 5. D. *fam. ercisc.* (X, 3.) — *Rubo* l. l. p. 156. 157. et L. 25. § 10. D. *fam. erc.*— L. 2. § 2. D. *de V. O.* — *Ribbentrop* l. l. p. 231 sqq. — Cf. *Scheurl* l. l. p. 92 sqq.

§ 360.

(*) *H. Donelli* comment. in L. un. C. de sent., quae pro eo, quod interest, proferuntur (in *ejusd.* comment. jur. civ. Lib. XXVI. c. 13—24.).—*Gabr. de Gast* comment. in eund. Tit. (in thes. *Meerm.* T. VI. p. 762 sqq.)— *J. M. Magni* ration. et differenl. jur. civ. Lib. II. (in thes. *Meerm.* T. III. p. 294 sqq.). — *Fr. Schoeman* Lehre vom Schadensersatze Bd. I. II. Giess. 1805. 1806. 8. — *F. Haenel* Lehre vom Schadensersatz nach heutigem Röm. R. Leipz. 1823. 8.

1) Vid. enim L. 3. D. *si quadrup. paup. fec. dic.* (IX, 1.) — L. 1. § 5. D. *de his, qui effuder.* (IX, 3.)

2) L. 19. § 4. D. *loc.* (XIX, 2.) — L. 19. § 1. *de damno inf.* (XXXIX, 2.)

3) L. 11. pr. D. *ad exhib.* (X, 4.)—L. 2. § 11. D. *ne quid in loco publ.* (XLIII, 8.)

4) L. 30. D. *pro soc.* (XXII, 2.) — L. 26 D. *de damno inf.* — L. 71. § 1. D. *de furt.* (XLVII, 2.)

5) Cf. *P. G. Schmidt* (resp. *Hertzberg*) D. sel. capita ex doctrina de lucro cessante et damno emergente continens. Jen. 1763. 4.—De damno indirecto, quod vocant, vid. infra § 364.

6) L. 33. in f. D. *loc.* — L. 1. § 41. D. *de vi et vi arm.* (XLIII, 16.) — L. 13. pr. D. *ratam rem haberi.* (XLVI, 8.)—L. un. C. *de sent., quae pro eo, quod int., prof.* (VII, 47.)—*Magnus* l. l. c. 2. — Idemque etiam utilitas actoris vocatur. L. 2. § 8. D. *de eo, quod certo loco.* (XIII, 4.)

oppositis : quanti ea res est, quanti eam rem esse paret, utpote quae ad veram rei aestimationem plerumque sunt referenda [7]. Fit tamen aliquando, ut eandem habeant significationem, loquendi formulae : *id quod interest*, et : *quanti ea res est*, tum maxime, cum in damnis aestimandis non certae alicujus rei pretium respicitur, verum simpliciter ex rei jurisve amissi utilitate intercepta ejus, quod damni nomine restituendum sit, aestimatio facienda est [8].

§ 361. b) *Loci hujus constitutio.*

Omnis de damnis eorumque rependendorum ratione quaestio tribus rebus absolvitur : primum, ut anquiratur, quaenam sint damnorum infligendorum causae; deinde, quibus ex causis damnorum refundendorum proficiscatur obligatio; tertium est, quomodo detrimenti fiat restitutio. Atque 1) ad inferendorum damnorum causas quod attinet, aut casu fortuito damna accidunt [1], aut aliunde oriuntur, idque vel ex consensu 2), vel citra consensum, aut proprio ipsius facto, qui damnum patitur [3], aut alieno, eoque vel licito [4], vel illicito, quae quidem generatim dicitur injuria (§ 349 sqq.). 2) Praestandorum vero damnorum causae hae sunt : lex [5], quo in genere etiam rei ruinosae noxiaeve possessio est [6], in rem versio [7], pactum [8], itemque injuria. 3) Modus vero praestandi alias ex pacto, alias ex lege [9], alias ex judicis arbitrio pendet. — Jam vero ita hoc argumentum persequemur, ut, plane relictis iis, quae vel ulteriore omnino non egent expositione, vel jam supra sunt exposita (ut damnum injuria datum), vel non nisi in singulis juris locis commode possunt tractari, primo videamus de damnis fatalibus, dein, quomodo reliquum damnorum, maxime injuria datorum genus aestimandum resarciendumque sit, investigemus.

§ 362. c) *De damnis fatalibus.*

Casus periculum [1]) ejus plerumque [2]) est, ad quem res aliqua vel jus, de quo

7) L. 179. D. *de V. S.* (« Inter haec verba : *quanti ea res erit*, vel *quanti eam rem esse paret*, nihil interest : in utraque enim clausula, placet veram rei aestimationem fieri. »)— L. 193. *eod.* (« Haec verba : *quanti eam rem paret esse*, non ad [id], quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur. ») — L. 1. § ult. D. *si quis jus dic. non obtemp.* (II, 3.) — L. 50. pr. D. *de furt.* — L. 2. § 13. L. 4. § 11. D. *de vi bon. rapt.* (XLVII, 8.) — Cum etiam id, quod interest, opponitur lucro, tale intelligi debet lucrum, quod nullo modo resarciendum est; v. c. L. 71. § 1. D. *de furt.*

8) L. 4. § 7. D. *de damno inf.* — L. 1. § 3. D. *ne vis fiat ei.* (XLIII, 4.) — L. 3. § 11. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) — Cf. § 365 — 367.

§ 361.

1) Quo in genere et animalium injuria inest, s. pauperies, et factum illicitum ejus, qui alioquin non est obligatus, scil. ejus intuitu, ad quem proprie spectat obligatio. — Cf. supra § 83. not. 3. et *Haenel* l. l. § 7. in f.

2) Velut L. 2. § 1. in f. D. *de L. Rhod. de jactu* XIV, 2. (« — si voluntate vectorum — id detrimentum factum sit »).

3) L. 203. D. *de reg. jur.* (§ 349. not. 6.)

4) Vid. a) § 129. nr. 2. et supra § 349. not. 2. — b) L. 1. D. *de L. Rhod. de jactu.* — L. 2. § 1. in f. *eod.* (« — vel propter aliquem metum »). — L. 7. § 4. D. *quod vi aut clam.* (XLIII. 24.)

5) a) L. 1. pr. et § 3. D. *nautae, caup. stabul., ut recepta restituant.* (IV, 9.) — b) L. 1. pr. § 4. L. 6. § 2. D. *de his, qui effuder. vel dejec.* (IX, 3.) — c) L. 9. § 3. D. *de damno inf.* — d) L. 15. § 2. L. 19. § 1. in f. D. *loc. cond.* (XIX, 2.) — e) L. 1. § 2. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — f) L. 112. § 1. D. *de leg.* I. — L. 25. § 2. in f. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — Vid. et not. seq.

6) Dig. (XXXIX, 2.) *de damno infecto.* — L. 1. pr. et § 12. D. *si quadrup. paup.* (IX, 1.) — L. 1. D. *de noxalib. act.* (IX, 4.)

7) L. 206. D. *de reg. jur.* (« Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. ») — L. 1. pr. L. 3. § 2. D. *de in rem verso*, (XV, 3.) — L. 3. § 4. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 1. L. 2. pr. in f. D. *de lege Rhodia de jactu.* (XIV, 2.)

8) L. 23. D. *de reg. jur.* — L. 6. D. *de pact. dotalib.* (XXIII, 4.) (cf. § seq. not. 11).

9) L. 2. pr. L. 27. § 5. D. *ad leg. Aquil.* (IX, 29.) et § 363 nr. 2.

§ 362.

1) Cf. *Hasse* die Culpa des Röm. R. § 77. 78. — *Waechter* in Archiv. f. civ. Pr. T. XV. p. 99 sqq.

2) Nam vid. § 361. not. 5. 6. et infra not. 6.

agitur, pertinet. Neque vero id semper uno modo. Nam 1) citra obligationis causam domini, iique, qui habent jus in re aliena damnum rei casu vel peremtae vel in deterius mutatae sentiunt [3]). Quodsi 2) certa aliqua species in obligationem deducta est, eam solvi creditor exigere quidem non potest, sed aequitati conveniens est, non magis alterum id, quod ei praestatum vel praestandum, retinere vel petere posse [4]). Attamen in emtione venditione omne periculum ad eum, qui dominium acquirere velit, spectare, jure Romano constat [5]). 3) Quodsi aut rerum fungibilium quantitates debentur, aut ex alio rerum genere quaedam, scilicet speciebus nondum definitis, in obligatione sunt omnimodo periculum sustinet debitor [6]). 4) In facti obligationibus jus civile debitoris causae magis favet, ut, quoties per eum non stetit, qui minus impleretur obligatio, a creditore casus recipiendus sit [7]), nisi aut ex eo genere sit contractus, ut jure poenitendi uti liceat creditori [8]), aut ab alio mercedem debitor accepit [9]), aut talem adhibuerit contractus formam is, qui factum stipulatus est, quae efficiat, ut facto non praestito, neque pretium peti, neque solutum retineri queat [10]).

3) L. 23. in f. D. *de reg. jur.* — § 3. in f. I. *de loc. et cond.*—L. 1. § 4. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) —L. 12. C. *loc. cond.* (IV, 65.) — L. 5. § 2. L. 24. pr. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (VII, 4.) — L. 6. C. *de pign. act.* (IV, 24.) — Cf. *C. H. Breuning* (resp. *Duczewsky*) de casus praestationa (Lips. 1768. 4.) § 3. 4.

4) [Dissent. *Waechter* Arch. f. civ. Pr. XV. diss. VI et IX, qui, rejecta regula illa « casum sentit dominus » ad eas provocat, quas L. 135. D. *de reg. jur.* « impossibilium nulla obligatio » et L. 23. D. *eod.* « casus a nullo praestantur » legimus (p. 116 sqq.). Qui quidem loci nihil probant, nisi id, quod libentissime concedimus, promittentem liberari; ex quo nullo modo colligi potast, alterum obligatum manera. — E. G.]

5) [L. 8. pr. D. *de per. et comm. rei vend.* (XVIII, 6.) — De eo, num idem valeat in caeteris, quibus dominium transfertur, contractibus onerosis maxime disputatur.—Cf. *Thibaut* Pand. (8 ed.) § 478. Nr. III. 2. B. qui hodie negat, et *Waechter* in doctr. *de cond. c. d. c. n. s.* p. 128 sqq. et inprimis in Arch. f. civ. Pr. l. l. qui affirmat. *Thibautii* opinioni favet L. 16. D. *de cond. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) (sed vid. *Waechter* in Arch. l. l. p. 217.); alteri vero, L. 5. § 1. D. *de praescr. verbis.* (XIX, 5.) nisi verba « periculo meo Stichus erit » ad act. praescr. verbis, quae amittitur, referas. — Vid. *H. Donellus* Comment. jur. civ. Lib. XIV. c. 21. § 8. — *L. Charondas* ad L. 23. D. *de V. O.* in *Otto* thes. T. I. p. 818. — *Jo. Ferd. de Retes* opusc. Lib. II. Sect. I. c. 4. Nr. 4. in *Meerm.* thes. T. VI. p. 96. — *Glück* Pand. VI. p. 384 sqq. not. 59. et XIII. p. 47 sq.—At vid. *Waechter* Arch. l. l. p. 102 sqq. et p. 210.). Minus etiam probat L. 33. D. *de V. O.* et L. 10. C. *de cond. ob caus. dat.* (IV, 6.) quam explicaris ex L. 5. §. fin. D. *de cond. c. d. c. n. s.*—Cf. *H. Donellus* l. l. § 10. et *Glück* Pand. IV. p. 386. not. 59. Frustra vero provocant, qui negant, ad L. 58. § 1. D. *pro socio.* (XVII, 2.) (vid. *Waechter* l. l. p. 207 sqq.). Favorabilior eis est L. 33. D. *locati* (XIX, 2.) (at vid. *Waechter* l. l. p. 203 sqq.—Cf.) et *Noodt* probabil. jur. Lib. IV. c. 5. Nr. 1. — E. G.]

6) § 2. I. *quib. mod. re contr. obl.*—L. 1. § 4. D. *de O et A.* (XLIV, 7.)—L. 30. § 5. D. *ad leg. Falcid.* (XXXV, 2.)—L. 35. § 7. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)

7) L. 19. § 9. D. *loc. cond.* (*Ulp.* « Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imp. Antoninus cum D. Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: *cum per te non stetisse* proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, *si eodem anno mercedes ab alio non accepisti*, fidem contractus impleri aequum est. ») — L. 38. *eod.* (— *Paulus* lib. sing. *regular.* « Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, *si per eum non stetit*, quo minus operas praestet. § 1. Advocati *quoque, si per eos non steterit*, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent. ») — L. 1. § 13. D. *de extr. cognit.* — L. 13. (*Ulp.* « D. Severus ab heredibus advocati *mortuo eo* prohibuit, mercedem repeti: *quia per ipsum non steterat*, quo minus causam ageret.»)—L. 15. pr. D. *de oper. libert.* (XXXVIII, 1.) (*Ulp.* « Libertus, qui post indictionem operarum *valetudine impeditur*, quo minus praestat operas, non tenetur: *nec enim potest videri per eum stare*, quo minus operas praestet. ») — L. 5. pr. D. *de c. c. d. c. n. s.* (vid. not. 8.). — At tota causa a nobis dissentit *de Retes* l. l. Lib. II. Sect. II. c. 7. Nr. 8—19., nec alii, qui hanc quaestionem tractarunt, prorsus nobiscum consentiunt. — Cf. *Gluck* Pand. IV. § 326*a*. p. 369 sqq. — De eo vero, num famuli mercenarii aegrotantes mercedem petare possint, cf. inter se *Leyser* med. ad Pand. sp. 242. m. 5. — *Struben* rechtl. Bed. Bd. III. nr. 69. — *Weber* nat. Verb. § 102.

8) L. 5. pr. D. *de c. c. d. c. n. s.*—L. 5. § 1—4. *eod.*

9) L. 19. § 9. D. *loc. cond.* (vid. not. 7.).

10) Velut cum ea lege merces repraesentatur, ut, donec praestitum sit factum, tamquam crediti loco pecunia sit penes accipientem. Quo referenda videtur L. 15. § 6. *loc.* (*Ulp.* « Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua (cf. L. 34. § 3. D. *de leg.* III.) acceperat, repeteretur [*al.* repeteret], rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est. ») Vid. *Cujacii* obs. Lib. III. obs. 1. — *de Retes* l. l. Nr. 15. — *Os. Aurelii* de variantib. — *Cujacii* in-

5) Nonnumquam autem casus ab eo praestandus est, ad quem alioquin non pertineat; idque fit tum ob alterius injuriam, casum velut inducentem, quem vocant casum mixtum [11], tum vero ex pacto [12], quod quidem tacite videtur intervenisse, si quis forte, qui ad custodiam rei suscipiendam ex lege tenetur, se custodiam praestaturum esse nominatim promiserit [13]. Quodsi itaque simpliciter de casuum praestatione inter partes convenit, omnes omnino promittentem in se suscepisse casus plerumque existimandum est [14], nec admitti debet casuum solitorum, insolitorum et insolitissimorum distinctio, quam quidam defendere conati sunt [15]. De eo autem, cui probandi onus subeundum sit, cum quaeritur: casu acciderit damnum, nec ne? ex principiis supra (§ 147.) hac de re allatis facile poterit judicari.

§ 363. d) *Reliquum damnorum genus quomodo praestandum sit. α) Quid omnino sit praestandum, quaeritur.*

Qui de damno restituendo alium convenire potest, non semper id consequitur, ut omnis ei juris reive amissae utilitas resarciatur. Nonnumquam enim 1) non plus actor feret, quam ut tantum illi restituatur, quantum locupletior factus sit adversarius [1]; qui quidem in damnis restituendis velut est infimus gradus. A quo 2) proxime abest eorum officium, qui ex lege tenentur ad damna praestanda, qui quidem aut tantam pecuniam reddere vel omittere necesse habent, quantam rei tradendae praestandaeve nomine vel acceperint, vel petere potuerint [2], aut ad veram rei aestimationem praestandam obligantur [3], nisi forte aut minorem lex constituit aestimationem [4], aut majorem imposuit debitoribus praestationem [5]. 3) Ad plenam autem damnorum restitutionem, in qua quidem ejus, quod interest (§ 360.), ratio habetur, propius accedunt obligationes, quae noxae dando implentur [6]. 4) Damni vero aut dolo, aut culpa, quamvis levi,

terpret. Dispunct. 27. (*Otto* thes III. p. 763 sqq.) [Similis quedam ἀντανακλάσεως species, ut in loco nostro est vox *repetere*, deprehendimus L. 5. § 1. D. *de adm. tut.*: «cessanique partes eorum, qui solent cessantes cogere administrare.»]

11) Propter L. 36. § 1. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 3. § 4. L. 18. pr. D. *commod.* (XIII, 6.) — L. 11. § 1. D. *loc.* (XIX, 2.) — L. 1. § 4. in f. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 82. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. et *J. A. Reichardt* D. de casu oblig. inliente. Part. I. (Jen. 1767. 4.) § 5 — 10.

12) L. 1. § 35. D. *depositi.* (XVI, 3.) — L. 39. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 9. § 2. D. *loc.* — L. 5. § 3. D. *commod.*

13) § 3. I. *de emt. et vend.* (cf. L. 14. pr. D. *de furt.* XLVII, 2.). — L. 55. pr. D. *loc.* (cf. § 5. I. *de loc. et cond.*). — *Schoeman* Handb. des Civilrechts II. p. 267 — 283. — *Genster* Archiv I, 30. p. 418 sqq. — Dissent. *Hasse* Culpa § 98.

14) Vid. § 115. nr. 5. et not. 16. — Cf. *Lud. Menkenii* (resp. *Hoepfner*) D. de conventione circa casus praestandos fortuitos. (Lips. 1695. 4.) § 25 — 25. — *J. F. Wahl* Pr. quid proprie in receptione casuum fortuitorum pactitia probandum sit. Goett. 1752. 4. — *Gunther* princ. jur. Rom. priv. noviss. § 239. Nr. I.

15) *J. Averanii* interpret. jur. Lib. II. cap. 26. Nr. 17 sqq. — *Gunther* l. l. § 336. — Sed. vid. L. 78. § 3. D. *de contr. emt.* («Frumenta, quae in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum; ea frumenta nives corruperunt: *si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex emto poterit.*») — *Schoeman* Schadensersatz Bd. II. p. 68.

§ 363.

1) L. 3. § 4. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 34. pr. D. *de minor.* (IV, 4.) — L. 25. § 11. D. *de H. P.* (V, 3.) — L. 3. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. 5. in f. L. 6. D. *de in rem verso.* (XV, 3.) — L. 4. et 16. D. *de vi.* (XLIII, 16.)

2) L. 13. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 19. § 1. in f. L. 33. in f. D. *loc.* (XIX, 2.)

3) Vid. v. e. L. 112. § 1. D. *de leg.* I. — L. 25. § 2. in f. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.).

4) L. 2. § 4. L. 4. § 2. D. *de L. Rhod. de jactu.* (XIV, 2.)

5) Velut L. 1. pr. D. *de his, qui effud. vel dejec.* (IX, 3.) — L. 1. § 2. D. *furti adv. nautas.* (XLVII, 5.)

6) Pr. I. *de noxalib. act.*

aut mora dati nomine plerumque [7] simpliciter ad id quod interest praestandum agi poterit [8]. Potest praeterea 5) et pacto conveniri, ut ejus quod intcrest loco aliud quid praestandum sit [9], et legibus peculiare quoddam incommodum, quae poena privata vocatur [10], iis esse statutum, qui injuria damnoque alios adfecerint, quod quidem plerumque et praeter id, quod interest, peti potest [11]. Caeterum 6) in actionibus, quae poenae persecutionem continent, quatenus quidem simplum ejus, quod damni datum est, poena egreditur [12], ad veram rei aestimationem, non ad id quod interest, computatio fieri dcbet [13]; idemque in stricti juris obligationibus fere obtinuit [14].

§ 364. *β) Quid ejus, quod interest; nomine praestandum sit.*

In ejus, quod interest, computatione facienda non solum rei, quae abest, accessionumque [1] haberi debet ratio, verum etiam ejus detrimenti, quod rei jurisve amissionem consecutum est, in eaque veiut continetur. Quo in genere est et damnum indirectum, quo quidem verbo liceat uti [2], et utilitas intercepta s. lucrum cessans [3]. Ad damni indirecti genus haec maxime referenda sunt: et aliorum corporum pretium imminutum [4], et furta rerum nostrarum interitusque, si, qui forte ex hac ipsa causa acciderint, quod alius in eo, quod nobis dcbebatur, dando, dolum desidiamque adhibuerit [6], denique et ea, quae nobis eroganda sint, propterea, quod re nostra carere cogimur). Atque cum in hisce damnis, tum in utilitatibus intercceptis aestimandis magnopere cavendum, ne ad ea prolabamur, quae, re non amissa vel obligatione rite implcta, forte eventura fuissent, aut non fuissent, quin in iis consistamus ncccsse est incom-

7) Nam vid. infra not. 13. 14.

8) L. 68. D. *de R. V.* (VI, 1.)—L. 21. § 2. D. *ad leg. Aquil.*— L. 19. § 1. D. *loc.* (XIX, 2.) — L. 1. § 41. D. *de vi.*— L. 7. C. *arbitr. tut.* (V, 51.) — sunt tamen, qui etiam iu eo, quod ad ipsum damnorum rependendorum officium attioet, discrimen esse statuant ioter latam et levem culpam. Qua de re vid. *Gluck* Paod. IV. p. 447. et *Schoeman* Schadeosers. II. p. 91 sqq.

9) § ult. I. *de V. O.* — L. 3. D. *si quis in jus voc. non ierit.* (II, 5.)—L. 137. § 7. D. *de V. O.*— L. ult. D. *de stiput. praet.* (XLVI, 5.)—L. 41. 42. D. *pro soc.* (XVII, 2.) — L. 28. D. *de a. e. v.* — Vid. sopra § 340. ibiq. maxime or. 2.

10) Vid. supra § 350. ibiq. oot. 9 sqq.

11) § 18. I. *de act.* — Exeipiuntur mixtae actiones; pr. I. *de vi bon. rapt.*

12) Nam secus esse io eorum deliciorum persecutionibus, quaeatiam habent poenae perseeutiooem, ut in aetionibus, quae ex L. Aquilia descendunt, tum in injuriarom vindieatione, vix est, quod moneatur.

13) L. un. § 4. D. *si quis jus dic. non obtemp.* (II, 3.)—L. 1. § 20. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) (cf. L. 2. § 2. *eod.*)—L. 50. pr. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 2. § 13. L. 4. § 11. D. *de vi bon. rapt.* (XLVII, 8.)

14) *Cic.* pro Rosc. Com. c. 4. — Vid. et Tit. Dig. (XIII, 3.) *de cond. trit.* — L. 1. § 23. 24. D. *depos.* XVI, 3. («Haoc actiooem bon. fid. esse, dubitari non oportet. *Et ideo* et fructus in hanc aetionem venire, et omnem eausam» *rel.* — Cf. *Gans* Obligationeorecbt p. 53.) Potuit tamen ex iisdem causis etiam *arbiter* adiri (*Cic.* l. c. cf. *Unterholzner* in Zeitscbr. für. histor. R. W. I. p. 251.); quo quidem facio et ejus, qood interest, rationem haberi coosequeos fuit. Vid. Tit. D. *de eo, quod certo loco.* (XIII, 4.)— Olim etiam pecuniae certae sponsiooes, in litis exordio fieri solitas, lo ejus, qood ioteressel, vicem velut esse substitutas, veri est perquam simitlimom. Cf. Heidelb. Jahrb. 1821. p. 61. et supra § 138. nr. 2. § 228. not. 20. § 329. nr. 4.

§ 364.

1) Vid. § 225—231.

2) Caeterum sunt, qui etiam ad causam damnorum efficieotem hoc vocabulum referant; v. c. *Haenel* l. l. § 6.

3) L. 9. D. *de relig. et sumt. fun.* (XI, 7.) — L. 1. pr. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 80. § 1. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 33. pr. D. *ad leg. Aquil.* (IX, 2.)—L. 11. pr. D. *ad exhib.* (X, 4.)— L. 8. D. *de evict.* (XXI, 2.)— L. 9. § 7. 8. L. 11. pr. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — L. 2. § 11. D. *ne quid in loco publ* (XLIII. 8.) — Cf. *Magnus* l. c. (§ 360. not. *. laud.) c. 2. — *Gesterding* Ausbeute voo Nachforschungen I. Nr. I. (cf. *Pfeiffer* io ephemerid. jur. Tub. IV. p. 408 sq.)

4) L. 22. § 1. D. *ad leg. Aquil.*

5) L. 13. § 1—3. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

6) L. 33. pr. D. *ad leg. Aquil.* « — amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.»

modis dispendiisque, quae ex eadem illa causa esse profecta aut certo constat, aut ita est probabile, ut satis de eo judici fides facta esse videatur [7]). Quoniam autem inprimis est difficilis damnorum aestimatio, quae ex pecuniae solutione tardius facta nobis contingant, idcirco placuit, ut, quid intersit creditoris, tempore debito non esse factam solutionem, plerumque usurarum modo finiretur [8]). Quod tamen non ita est perpetuum, ut non interdum, qui de ea re judicaturi sint, usurarum quantitatem excedere debeant; id, quod tum maxime fiet, cum, se certo loco soluturum esse is, qui pecuniam debet, promisit [9]).

§ 365. γ) *Qua ratione damni dati fiat aestimatio.*

Cum de damnis aestimandis quaeritur, maxime et personarum, quibus datum est damnum, et loci, et temporis, et ipsius causae, quae intulit damnum, ratio habenda est. I) Et personarum quidem ita, ut ejus quod interest aestimatio non modo ad commune rerum pretium referenda sit, verum etiam, quanti ipsius, qui damnum passus est, singulariter interesse possit, damnum non esse factum, plerumque considerari debeat [1]), sic tamen, ut rerum vel peremtarum vel deterius factarum nullo modo aestimatio ex singulari quadam personarum ad ipsas affectione facienda sit [2]). II) Locus in damnis aestimandis respiciendus est is, ubi aut dari vel solvi debuit, aut ubi petitur res, quae danda praestandave est [3]). III) Temporis ratio habenda est hoc modo, ut, si quidem certum solutionis tempus constitutum est, ex eo tempore res aestimetur, sic tamen, ut mora interveniente id etiam praestandum sit, quanti plurimi fuerit res eo temporis spatio, quod inter moram remque judicatam interjectum est; sin secus, in generis quidem obligationibus litis contestatae tempus spectandum sit, in speciebus vero debitis aut ad litis contestationis aut ad condemnationis tempus

7) L. 21. § 3. D. *de a. e. v.* (*Paul.* « Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur; nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.») — Atque propter superiora Pauli verba recentiores damnum circa rem datum ei opponunt, quod extra rem datum est. Qua de vid. *de Gast* l. l. (§ 360. not. *. laud.) p. 763. 764. — *Magnus* l. l. c. 7. 8. — *Glück* Pand. IV. § 332. p. 440—445. — *Schoeman* Schadenser satz p. 85—143.

8) L. 19. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) — L. 70. § 1. D. *de leg.* II. — *G. Noodt* de usur. Lib. II. c. 6.

9) L. 2. § ult. D. *de eo, quod certo loco.* (XIII, 4.) — Vid. *H. Donelli* comment. (§ 360. not. ** laud.) c. 23. — *Noodt* l. l. et *Gesterd.* l. l. p. 21 sqq. — Cf. et Rec. dep. Spir. de 1600. § 139. « So ordnen wir, dass solch Interesse a tempore morae erstattet und derentwegen den Creditoren 5 Gulden vom hundert oder aber dem Creditori solch 5 Gulden nicht annemlich, sondern er vermeinen wollte, tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehrers zu fordern, dass ihme alsdann sein ganz Interesse zu deduciren — unbenommen seyn soll. »

§ 365.

1) L. 24. D. *de reg. jur.* — L. 54. D. *de leg.* II. Quo etiam referendae sunt frequentissimae in jure nostro loquendi formulae: quanti *actoris*, quanti *sua* interest; *rel.* (cf. *Glück* Pand. XII. p. 423 sqq.). — Excipiuntur causae, quae pretii tantum, quantumvis magni, tum *quanti ea res est*, non proprie ejus, quod interest (§ 360. in f.), habet aestimationem L. 33. pr. D. *ad L. Aquil.* — L. 63. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.) (cf. *Glück* Pand. IV. p. 439. not. 25.). — L. 3. § 11. D. *uti possid.* (XLIII, 17.) (« Quanti res est, sic accipimus, quanti uniuscujusque intereat, possessionem retinere. »)

2) Neque contraria est L. 54. pr. D. *mandati*, quippe de causa non de pretio actionis intelligenda; atque similiter interpretandae sunt L. 55. D. *de minor.* (IV, 4.) — L. 6. pr. et L. 7. D. *de serv. export.* (XVIII, 7.) — L. 36. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII, 2.) — Vid. *Cujacii* recit. ad Papinian. Lib. XXVII. Quaest. ad L. 54. *mandati.* — *H. Donellus* l. l. L. 15. p. 1369. 70. — *de Gast* l. c. p. 763. — Dissent. *Magnus* l. c. C. 6. — *Schoeman* Schadensersatz II. p. 154 sqq. — Cf. § seq. not. 15. 16.

3) L. 22. in f. D. *de R. C.* (XII, 1.) — L. 4. in f. D. *de cond. trit.* (XIII, 3.) — L. 2. § 3. D. *de eo, quod certo loco.* (XIII, 4.)

omnia referri plerumque debeant, scil. discrimine facto inter stricti juris obligationes atque eas, quae in arbitrariarum bonaeque fidei numero habentur [4]. A quibus tamen regulis nonnumquam receditur, siquidem 1) cum ipsa rei alicujus aestimatio in obligationem deducitur, ex conventionis tempore pretium aestimandum est [5]; praeterea 2) in iis, quae aliorum causa impensa aut soluta sunt, tempus factae solutionis vel impensae maxime spectari debet [6]; denique 3) damnis injuria datis, ex lege Aquilia vindicandis, peculiare aestimationis tempus lege statutum est [7]. At vero IV) etiam in *aestimandis* damnis magni refert, causam nosse, quae damnum intulit, propterea quod is, qui dolo, vel lata culpa, vel contumacia damnum intulit, tanti condemnatur, quanti in litem juraverit actor, contra vero damni levi culpa dati a judice facienda sit aestimatio [8].

§ 366. *δ) Singulatim de in litem jurando* (*).

Igitur 1) in litem jusjurandum (quod quidem species est jurisjurandi litis decisorii, § 152.) laeso tribuitur ad damna aestimanda, quae dolo, vel lata culpa, vel contumacia adversarii data sunt [1]. 2) Locum fere non habet, nisi in arbitrariis bonaeque fidei actionibus [2]; at in subsidium, i. e. ubi aliter fieri non poterat rei aestimatio, etiam in strictis judiciis dari solitum est [3]. Licet autem 3) plerumque juris nostri auctores de dolo et contumacia aut non restituentis, aut non exhibentis loquantur [4], tamen id nec perpetuum est [5], nec per ipsam, quae *restituendi* vocabulo a veteribus JCtis tribuitur [6], significationem impeditur, quo minus dicamus, omnino dolum et contumaciam puniri ejus, qui damnum de-

4) L. 22. D. *de R. C.*—L. 59. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—L. 8. § 1. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.) — L. 3. § 3. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)— L. 3. 4. D. *de cond. trit.* — Vid. Heidelb. Jahrb. de 1821. p. 58. — L. 59. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 3. § 2. D. *commodati.*— L. 36. § 4. D. *de her. pet.* (V, 3.) — Cf. *de Gast.* p. 765—767. — *Magnus* e. 18 — 20. — *Gans* Oblig. Recht p. 58—65.

5) L. 28. D. *de novat.* (XLVI, 2.)

6) L. 37. D. *mandati.* — Cf. L. 10. § 1. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — Caeteroq. vid. L. 2. § 4. in f. D. *de lege Rhod. de jactu.* (XIV, 2.)

7) Vid. pr. et § 14. l. *de lege Aquil.*

8) L. 2. § 1. L. 4. § 4. L. 5. § 3. D. *de in lit. jur.* (XII, 3.) — Vid. § seq. not. 1.

§ 366.

(*) Dig. (XII, 3.) et Cod. (V, 53.) *de in litem jurando.*—*H. Donelli* comment. jur. civ. Lib.XXVI. c. 6 — 12. — *F. K. L. Drummer* Theorie des Würderungseides. Bamb. 1806. 8. — Cf. *Weber* Beweisführung VI. § 46. p. 238 sqq. ed. *Heffterl.* — *Gensler* Archiv f. civ. Pr. IX. Nr. XXII. — *Gesterding* Ausbeute von Nachforschungen I. Nr. II. p. 27 sqq. — *Hasse jun.* in Rhein. Mus. T. VI. p. 27 sqq. — Cf. et ibid. p. 179 sqq. (cap. VI.). — *de Schroeter* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. VII. diss. XI. (Alia scripta vid. ap. *Gluck* Pand. XII. § 813. not. 91.)

1) L. 2. § 1. D. *h. t.* « Interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa » (sc. *levi*) « non restituentis, vel non exhibentis punitur; quum vero dolus aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor. » —L. 2. Cod. *eod.* « —Sin neque dolus, neque lata culpa — convincitur, omissa jurisjurandi facultate judex de veritate cognoscet. » — L. 18. pr. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)—L. 68. D. *de rei vind.* (VI, 1.) — Atque hinc est, quod adversus heredes locum non habeat in litem jusjurandum, nisi quatenus ipsi sunt in dolo. L. 2. et 4. C. *h. t.*

2) L. 5. pr. D. *h. t.*—L. 18. pr. D. *de dolo malo.* (IV, 3.) — L. 25. § 10. D. *de her. pet.* (V, 3.) — L. 68. *de R. V.* (VI, 1.)

3) L. 5. § 4. L. 6. D. *h. t.*—*de Schroeter* l. l. p. 382—385. p. 389 sqq.

4) L. 1. L. 2. L. 8. L. 10. D. *h. t.*—L. 18. pr. D. *de dolo malo.*— L. 68. D. *de rei vind.*—L. 5. § 2. D. *ad exhib.* (X, 4.)— *de Schroeter* p. 369.

5) Vid. enim L. 7. D. *si servit. vindic.* (VIII, 5.) — L. 5. § 4. D. *h. t.* — L. 7. pr. D. *de administr. tut.* (XXVI, 7.) — L. 15. § 9. D. *quod vi aut clam* (XLIII, 24.) —Praeterea generaliter Marcianus : in bonae fidei judiciis in litem jurari, docet; L. 5. pr. D. *h. t.* — At vid. *de Schroeter* l. l. p. 371 sqq. p. 385—387.

6) Etenim restituendi officio id utique continetur, ut ea, quae antea fuit, rei vel juris conditio instauretur: L. ult. § 1. D. *de V. S.*— L. 14. § 11. in f. D. *quod met. c.* (IV, 2.) — L. 1. § 31. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — L. 15. § 7 — 9. D. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.)— Vid. et § 158. not. 4.

dit [7]. 4) Ab arbitrio quidem pendet laesi, utrum in litem jurare, an alio modo velit de damni quantitate atque aestimatione fidem judici facere; semper autem judicis erit, statuere, num admittendum sit jusjurandum? atque hoc est, quod dicitur: deferre judicem jusjurandum oportere [8]. 5) Necesse est, ut, qui in litem jurejurando uti velit, primum omnium de eo, damnum esse datum [9], rite edocuerit judicem [10], praeterquam si quis vi adhibita damnum fecit, quo facto, non solum quanti ejus interest, vim non esse adhibitam, jurejurando aestimet actor, verum etiam de ipsa rerum amissione, certe in subsidium, jurare poterit; scil. ex Zenonis constitutione [11], unde juramentum Zenonianum a recentioribus JCtis dicitur [12]. 6) Quamvis autem in infinitum jurare per se quidem liceat actori, potest tamen judex modum ac taxationem jurijurando adjicere, ultra quod non jurctur [13], nonnumquam et minoris, quam juratum est, reum condemnare, scil. ex magna causa et postea repertis probationibus [14]. Neque vero 7) ex mera jurantis affectione lis potest aestimari [15], unde falsum est; quod nonnulli statuunt discrimen inter jusjurandum in litem veritatis atque affectionis [16]. Caeterum 8) ubi de restituendis rebus agitur, quae certam in se habent aestimationem, locus non est in litem jurando, nisi de eo quis juret, quod sua interfuit, sua die reddi res [17].

§ 367. ε) *Justiniani hac in re mutationes.*

At vero imperator, ut veterum JCtorum, de ejus quod interest et computatione et aestimatione facienda, dirimeret controversias [1]), sancivit: ut in omnibus causis, quae certam habeant quantitatem vel naturam, id, quod interest,

7) Nec contra nos facit L. 4. D. *de a. e. v.* IV, 49. («Si traditio rei venditae juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat: *quanti interesse, compleri emtionem fuerit arbitratus pr. provinciae*, tantum in condemnationis taxationem deducere oportebit.») — Vid. *Gesterding* l. l. p. 34. — At multi sunt, qui dissentiant, v. c. *H. Donell.* l. l. c. 8. — *Bachov.* de actionibus Disput. VII. P. I. nr. 16. — *J. F. Eisenhart* D. de jurejur. in lit. affectionis in emt. vend. cessante (opusc. Nr. V.). — *Drummer* l. l. § 16. nr. 1. et § 21. — *de Schroeter* l. l. inprimis p. 378 sqq. p. 388 — 392. p. 393. Nr. II. — De eo etiam disputatur: num in contrariis actionibus locum habeat in litem jusjurandum, propter L. 5. pr. D. *depos.* (XVI, 3.) — Sed vid. *Gluck* Pandect. XII. p. 420. itemque *Gesterding* l. l. p. 33. not. 17. — *de Schroeter* p. 382.

8) L. 4. § 1. D. *h. t.* — *Gluck* l. l. p. 403. nr. 1. — Caet. cf. *de Schroeter* p. 404.

9) At damnum esse datum, jam ex eo intelligitur, quod instrumentis, probandae rei inservientibus fraudatus est actor: L. 10. D. *h. t.* — L. 4. C. *eod.* — L. 7. pr. D. *de adm. tut.* — *Weber* l. l. p. 344. sub B. init.e (p. 346. — *Glück* l. l. p. 409. nr. c.

10) Utique enim ad ipsam damnorum ejusque, quod interest, *aestimationem* referuntur, quae apud juris nostri auctores de in litem jurejurando leguntur. Vid. et not. seq. ibiq. *Glück* p. 477. nr. 3. — Caeter. post alios dissent. *Gesterd.* p. 34. et partim *de Schroeter* p. 408 sq. At vid. quod sequitur in contextu.

11) L. 9. C. *unde vi* (VIII, 4.) (cf. L. 16 § 9. D. *quod vi aut clam* (XLIII, 24.) — C. ult. X. *de his, quae vi metusve causa fiunt.* (I, 40.) — *Reinharthi* observat. ad Christianaei decisiones Vol. I. obs. 59. — *Gluck.* l. l. § 819. p. 473 sqq. — Caeter. vid. *Savigny* Besitz § 40. p. 491. not. 1. et *Gesterding* l. l. p. 36. et inprimis *de Schroeter* l. l. p. 439 sqq.

12) Cf. scriptores not. 10. 11. laudd.

13) L. 18. pr. D. *de dolo malo.* — L. 4. § 2. L. 5. § 1. D. *h. t.* — L. 3. § 2. D. *ad exhib.* (X, 4.) — L. ult. § 14. in f. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — Caeter. cum his locis, quomodo conciliauda sit L. 68. D. *de rei vindic.*, non una est JCtorum sententia. — Cf. *Gluck* § 817. et *Schultingii* nec non *Smallenburgii* not. ad Dig. (T. II. p. 475 sqq.). inprimis vero *de Schroeter* p. 406.

14) L. 4. § 3. L. 5. § 2. D. *h. t.* — *de Schroeter* p. 407.

15) Vid. § 365. not. 2. ibiq. scriptor. pro nostra sententia laudd. Add. *Drummer* l. l. § 14. 18. — *de Schroeter* p. 395 sq.

16) Quod quidem miramur etiam a *Webero* statui (l. l. p. 347.), tum vero a *Glückio* (XII. § 813. p. 429 sqq.) — Contra vid. inprimis *de Schroeter* p. 395 — 404.

17) L. 3. D. *h. t.* — *Glück* l. l. p. 438 — *de Schroeter* p. 394. p. 400.

§ 367.

1) Quarum quidem vestigia apparent L. 6. § 4. L. 43. in f. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) aliisque locis, quos quidem supra excitavimus — Cf. *Haenel* l. l. § 84 — 87.

dupli quantitatem minime excedat, in aliis autem, quae incertae esse videantur, judices ad veritatis aequitatisque normam redigant damna illata, quorum computationem in infinitum produci minime patiantur [2]). Caeterum autem causarum notio nomenque non solum ad rerum factorumque quae in obligatione versantur [3]), praestationem esse, referendum putamus, verum etiam ad ipsum, quod dolo vel culpa datum est damnum, quatenus quidem certam habet aestimationem, eamque ex communi omnium jure aestimandam, i. e. ad positivi, ut vocant, ejusque directi damni (§ 360.) genus pertinet [4]). Qua quidem re ita constituta haud dubitamus, quin etiam ad delictorum causas referamus Justiniani constitutionem [5]), tum statuamus, ultra duplum certae rei vel quantitatis aestimationem nemini licere, in litem jurare, maxime cum etiam antea modum atque taxationem hujusmodi causis adjicere soliti sint judices [6]).

§ 368. II. *De obligationum vi ac potestate;* A) *generatim.*

Obligationum vis omnis in solvendi necessitate posita est. Quamvis autem de solutionibus, quomodo faciendae sint, tum, quaenam earum sit vis ac potestas, infra copiosius edissereretur (Cap. XIII.), duo tamen sunt, quae, cum generalior eorum usus sit, hoc in loco nequeunt praeteriri: locus, ubi fiat solutio; et tempus, quo fieri debeat. De quibus nunc erit singulatim dicendum.

§ 369. B) *Singulatim:* 1) *de loco solutionis* (*).

I) De loco solutionis cum nihil convenit, nec vero aut ex ipsius rei, quae in obligatione est, natura, aut ex ejus, quod agitur, fine ac ratione sponte intelligi potest, ubinam praestari reddive debeat, quod in obligatione est [1]); generatim quidem observandum est: semper opportuno loco peti aut offerri posse solutionem [2]). Praeterea ambiguitatum resecandarum aequitatisque causa haec etiam obtinuerunt: 1) si quidem facta debentur, creditor eligat locum, ubi ipsius sumtibus illa sint praestanda [3]); 2) reddendae ibi fere res sunt, ubi sine dolo malo debitoris inveniuntur [4]); 3) dandae autem vel praestandae sunt res, a) ex fungibilium quidem numero, eo in loco, ubi contractum est [5]), scil. ex

2) L. un. C. *de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur.* (VII, 46.)

3) Cf. *H. Donelli* comment. cit. c. 17. p. 1371.

4) Unde etiam consequens est, in ea causa, cujus meminit *Ulpianus* L. 19. § 1. D. *loc.* (XIX, 2.), aestimationem non modo ad doliorum, verum etiam ad vini, quod effusum est, pretium referri. — Cf. et L. 6. § 4. D. *de a. e. v.*—*Schoeman* l. l. p. 149. 150. — Aliter rem explicant *H. Donellus* c. 18. 19. et *L. Charondas* Verosimil. Lib. I. c. 8. (*Otto* thesaur. I. col. 704. 705.)

5) *Schoeman* p. 144—158. Dissent. *H. Donellus* c. 18. 19.

6) Dissentit, *Giphanium* secutus, *Gluck* Pand. XII. p. 402 sqq.

§ 369.

(*) *Pothier* traité des obligat. I. nr. 238 — 241. et 548 sq. — *Toullier* droit civil français VII. nr. 85 — 94. — *Bethmann-Hollweg* Versuche üb. einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses. (Berl. 1827.) p. 17 — 51. — [Cod. Nap. 1247.]

1) Vid. v. c. L. 65. D. *de judic.* (V, 1.) et *Hollweg* l. l. p. 25. et 49.

2) L. 38. D. *de jud.* (V, 1.) — L. 47. pr. et § 1. D. *de leg.* I. (« Cum res legata est, — — si alibi sit, quam *ubi petitur*, primum quidem constat, ibi esse praestandam, ubi relicta est — (cf. et not. 7.); — — —; si id petatur, quod pondere, numero, mensura continetur, — — — *ibi erit praestandum, ubi petitur.*») — L. 22. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) — L. 4. in f. D. *de cond. trit.* (XII, 4.) — — Cf. L. 39. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — *Hollweg* p. 18 sq.

3) Arg. L. 21. D. *de oper. libertor.* (XXXVIII, 1.) — Caeterum vid. L. 2. § 5. D. *de eo, quod certo loco.* (XIII. 4.)

4) L. 12. § 1. D. *depositi.* (XVI, 3.) — Cf. L. 10—12. D. *de R. V.* (VI, 1.) et infra not. 7.

5) Arg. L. 2. § 4. L. 19. § 1. 2. 4. L. 20. D. *de judic.* (V, 1.) — L. 2. C. *de jurisd.* (III, 13.) (cf. not. seq.). —

praesumta contrahentium voluntate[6]), b) species vero debitae item ibi petendae, ubi sine debitoris dolo inveniuntur, nisi eas alibi creditor suis sumtibus praestari malit [7]). II) Saepissime autem de loco inter partes convenit [8]); idque aut simpliciter fit, aut ita, ut pluribus locis junctim fiat solutio [9]), aut alternatione constituta locorum; quo facto creditor electionem habebit, ubi petat, debitor, ubi solvat [10]). Quodsi rerum alternatio mixta est locorum alternationi, utrumque locum intentione sua exprimere actor necesse habet [11]). Jam vero alio in loco, quam quo convenit, plerumque nec peti nec praestari potest, nisi res aliqua impedimento sit, quo minus loco convento consequi creditor possit, quod sibi debeatur; quae res efficit, ut etiam alio in loco actio ei detur [12]). Judicis igitur arbitrio committetur, ut, quanti cujusque interest, non fieri loco convento solutionem, ex aequo et bono aestimet; qua in re causam potissimum respiciat impedimenti, tum varia, quae per singulas regiones civitatesque esse soleant rerum pretia, unde fit, ut nunc majoris, nunc minoris pecuniae reus condemnetur, quam quae vere debeatur [13]). Caeterum earum obligationum nomine, quae ex stricti juris negotiis descenderent, peculiarem hanc in rem actionem, arbitrariam illam quidem, Praetor proposuit [14]).

§ 370. 2) *De solutionis tempore;* a) *principia generalia.*

Solutionis tempus aut diei adjectione definitur (§ 339. Nr. II.), aut legibus, ejusque, quod praestandum est, natura, aut judicis arbitrio ex aequitate definiendum est (§ seq.). Quodsi universim de tempore, *intra quod* solvendum sit, convenerit (velut hoc anno, vel hoc mense dari), non prius peti potest, quam omnes hujusmodi temporis particulae sunt praeteritae [1]). Solvendi autem accipiendive cessatione mora contrahitur (§ seq.), quae, cum alia complura habet incommoda, tum vero maxime efficit, ut ad id, quod interest, praestandum obligetur, qui in mora est [2]). Quo quidem nomine peculiarem actionem proponi necesse non fuit, siquidem actio ex ipsa obligatione descendens sufficiebat creditori, etiam in strictis judiciis. Triticiaria igitur condictio [3]) non ad interesse temporis, quod vocant, proprie referri debet, sed ad res consequendas, praeter pecuniam numeratam, aestimationemque earum, comparata est [4]).

6) *Hollweg* p. 20 sqq. p. 50. nr. 1.

7) L. 38. D. *de judic.* — L. 11. § 1. D. *ad exhib.* (X, 4.)

8) Dig. (XIII, 4.) *de eo, quod certo loco dari oportet.* — Cod. (III, 18.)

9) L. 2. § 4. D. *h. t.*

10) L. 2. § 2. D. *h. t.* — Vid. de tolo hoc arg. *Glück* Pand. XIII. § 847.

11) L. 2. § 2. D. *h. t.* (Rationem vid. § 357. not. 6.)

12) Cf. L. 1. L. 4. in f. D. *h. t.* — L. 9. D. L. 1. C. *h. t.* et not. seq. — *Glück* l. l. § 846. p. 334 sqq. Observ.: a) Moram non esse necessariam debitoris, ut alio in loco jus suum creditor persequatur; Arg. L. 2. pr. et § 8. D. *h. t.* — b) Minime esse dubitandum, quin etiam eas in causas, ubi de loco nihil convenerit, si quidem eo loco, quo lege ac jure plerumque erit agendum, peti non possit, quod debeatur, idem jus probe conveniat.

13) Cf. L. 2. pr. et § 8. L. 3. L. 8. D. L. 1. C. *h. t.* — § 33. I. *de act.* — L. 22. in f. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) — L. 5. pr. *commodati.* (XIII, 6.) — L. 3. in f. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

14) Cf. L. 1. L. 5. L. 6. L. 7. D. *h. t.* — *Gans* röm. Obl. Recht p. 71 — 75. — *Hollweg* p. 43 — 48.

§ 370.

1) L. 42. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. et L. 115. pr. D. *eod.*

2) Cf. supra § 365. nr. III. et infra § 373. nr. 4.

3) Dig. (XIII, 3.) *de actione triticiaria.* — De nominis origine cf. inter se *Glück* Pand. XIII. p. 263 sq. — *Gans* röm. Obligat. R. p. 51. not. 6. — *Zimmern* röm. Process p. 185. — *Heffteri* obs. ad *Gaji* inst. comment. IV. p. 71. in f.

4) L. 3. et 4. D. *de cond. trit.* — Cf. *Gans* l. l. p. 48—70. p. 85 — 88. — *Heffter* l. l. p. 71 sq — Quare *Franciscanorum* actio a recentioribus JCtis dicta sit, vid. *Glück* l. l. p. 265. nr. 1.

§ 371. b) *Speciatim de mora* (*); *eaque* α) *debitoris.*

Moram vocamus injustam restitutionis solutionisve aut faciendae aut accipiendae cessationem [1]). Itaque duplex est mora: aut debitoris (solvendi), aut creditoris petitorisve (accipiendi). Et solvendi quidem mora vel ex re fit, vel ex persona, i. e. si interpellatus non solverit [2]). Licet enim, certe in civilibus causis, omnino actionibus instituendis praemittenda est debitoris quaedam admonitio [3]), tamen, ut in mora constituatur debitor, non semper est necesse eum interpellari, verum ex ipsa re nonnumquam oritur mora, scilicet in his causis: 1) si ex delicto omninoque ex malae fidei possessione ad rem alienam restituendam aliquis tenetur [4]), unde intelligitur quare fur semper in restituenda re moram facere dicatur [5]); 2) si non adest debitor, qui conveniatur, nisi forte ex justa causa absit [6]); 3) si certus solutionis dies obligationi adjectus est [7]), unde pragmaticorum illud proverbium: Dies interpellat pro homine [8]). Denique 4) ex jure singulari, tum in fideicommissariis libertatibus, tum in legatis fideivecommissis, quae piis causis relicta sunt, simul ut transilt dies, quo illa dari debuerunt, ex re nascitur mora [9]), et quodam etiam modo, scilicet ut tamquam ex mora usurae debeantur, in aliis quibusdam causis [10]). — In reliquis igitur omnibus causis interpellandus est debitor, sic tamen, ut nihil intersit, utrum ab ipso creditore, an ab ejus procuratore fiat interpellatio [11]). Quemadmodum autem in stricti juris obligationibus non sufficit interpellatio extra judicium facta, verum ex judicii accepti demum tempore repetenda est mora [12]): sic, an opportuno aut loco aut tempore interpellatus sit debitor, denique, an is sit, qui, nisi solvat, morae incommoda pati debeat, ex aequo et bono judex

§ 371.

(*) Dig. (XXII, 1.) *de (usuris* rel. *et) mora.* — *Henning Ratjen* de mora, sec. jur. Rom. princ. Comment. I. Kil. 1824.

1) L. 5. D. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 9. § 1. L. 17. § 3. L. 21. L. 23. pr. D. *h. t.* — L. 63. D. *de reg. jur.* (cf. infra not. 17.). — *C. F. Meister* notio jurid. morae (in opuscul. Syll. Nr. V.).

2) L. 32. pr. D. *h. t.* (*de usuris* rel. *et mora* XXII, 1.).

3) L. 10. C. *de pign. et hyp.* (VIII, 14.)

4) L. 14. § 11. D. *quod met. causa.* (IV, 2.) — L. 18. pr. 20. § ult. — L. 40. pr. L. 54. § 2. D. *de H. P.* (V, 3.) — L. 15. § 3. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 19. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — L. 7. C. *de cond. ob turp. caus.* (IV, 7.)

5) L. 8. § 1. L. ult. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.) — Cf. *Neustetel* in Archiv f. civilist. Praxis V. p. 223. not. 5.

6) L. 23. D. *h. t.* — Cf. *Pothier* Pand. Justin. ad eund. Tit. nr. 63. not. 6.

7) L. 8. D. *si quis cautionib.* rel. (II, 11.) — L. 4. D. *de cond. trit.* (XIII, 3.) — L. 16. § 3. D. *de pec. const.* (XIII, 5.) — L. 47. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 77. L. 114. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 5. pr. D. *de operib. publ.* (L, 10.) — L. 10. C. *de act. emti.* (IV, 49.) — L. 12. C. *de contr. et commit. stipul.*

8) Quam regulam et velut vulgarem hac de re sententiam etiam tuentur *H. Donellus* (comment. jur. civ. Lib. XVI. c. 2.), *Noodt* (de usur. Lib. III. c. 10.), *Thibaut* (Archiv f. civ. Praxis VI, 2.), isque adversus novam *Neustetelii* opinionem, qui ad conventionalia morae incommoda regulam illam restringere conatus erat (Archiv f. civ. Pr. V. Nr. 8.). — [Nuper et vulgarem sententiam impugnavit *de Schroeter* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. IV. diss. V. T. VIII. diss. III. Cujus sententia quum saepe perdura et nimis iniqua in creditorem videtur, (e. g. quum species, quae debetur, tempore solutionis elapso, perit vel deterioratur) tum juris nostri fontibus contraria est. Caeterum observandum 1) ne confundantur tempus quo actio nata est et dies solutionis (L. 17. § 4. D. *h. t.*), 2) et inter Romanos JCtos passim disputatum fuisse (L. 12. C. *de ctr. stip.*), 3) nulla ratione adjuvari eos qui culpam debitoris non nisi interpellatione provocari (cf. *de Schroeter* l. l. T. IV. p. 133. et p. 159 sqq.), diemque in debitoris solius favorem adjici (*de Schroeter* l. l. p. 136 — 138. et alias) contendant, quippe quod saepissime naturae ejus, quod agitur, plane contrarium videatur. — Cf. et *Ratjen* l. l. § 5. 8. — E. G.] Jure gallico praevaluit sententia auctori contraria « diem non interpellare pro homine. » Cod. Nap. 1139. — *Toullier*, Droit civil français VI. nr. 244—246.

9) L. 26. § 1. D. *de fideic. libert.* (XL, 5.) — L. 46. § 4. C. *de episc. et cler.* (I, 3.)

10) Vid. § 229. not. 16. 17. — Cf. L. 26. § 1. D. *de fideic. lib.* et *Ratjen* § 4.

11) L. 24. § 2. D. *h. t.* « Mora videtur creditori fieri, sive ipsi, sive ei, cui mandaverat, sive ei, qui negotia ejus gerebat, mora facta sit; nec hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed officium impleri. » (§ 131. not. 5.) — « Item cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem. » — Cf. L. 20. § 11. D. *de her. pet.* — *Ratjen* § 3.

12) L. 4. D. *de cond. trit.*

statuat [13]), atque hoc amplius modicum temporis spatium, intra quod solvat, concedendum erit debitori [14]). Omnino autem magni interest, scire, quaenam fuerit solutionis restitutionisve differendae causa? Nam 1) inculpata mora [15]) plerumque [16]) haud nocet, i. e. in mora esse jure dici nequit, qui culpa vacuus est [17]). Praeterea 2) in mora non est, qui eo tantummodo, quo melius tutiusve res expediatur, differat solutionem [18]). Quodsi 3) de petitoris jure nondum liquido constat, cum nemo eo moram facere videatur, quod sine dolo malo ad judicium provocet [19]), ante quidem litem contestatam morae incommoda nullo modo ad reum pertinebunt, postea vero, si etiam condemnatio sequatur [20]), in strictis judiciis, tum vero in depositi actione simpliciter mora contrahitur [21]), in reliquis usque eo duntaxat, ut periculum casus non spectet ad rei possessorem, scilicet ne quis propter hunc metum indefensum jus suum relinquat [22]).

§ 372. *β) Creditoris mora.*

Creditoris mora non solum accipienda est, cum ejus, quod debetur, solutio legitimo modo opportunoque et loco et tempore, frustra tamen, offertur creditori [1]), ejusve vicario [2]), verum etiam, cum, debitore ad solvendum parato, tempore ac loco statuto non adfuit creditor [3]). Neque vero, cum ad judicium provocat debitor, aut computationibus faciendis summam certo constitui postulat, aut cautiones esse adhibendas non differendi causa desiderat, morae incommoda effugiet creditor, qui dissimulationibus rem differat [4]). Quodsi tamen justam habet recusandi causam creditor, quo minus accipiat solutionem, aut alioquin culpa vacat, nec de mora ejus queri potest debitor [5]).

373. *γ) Quaenam sit morae vis atque effectus.*

Quaecunque mora efficiuntur, ea aut communia sunt et solvendi et accipiendi cessationis, aut unicuique propria. I) Communia sunt haec: 1) mora ab altero adhibita, ad hunc quidem casus periculum deinceps plerumque (not. 8.) respicere [1]), alterum vero a futuri temporis periculo liberari, ut id tantummodo

13) L. 32. pr. D. *de usur.* — Cf. *Schol. Basil.* III. p. 441. not. e. — Cf. *Noodt* l. l. c. 9.

14) L. 21. § 12. D. *de recept.* (IV, 8.) — L. 21. D. *de jud.* (V, 1.) (cf. L. 31. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 135. § 2. L. 137. § 2. D. *de V. O.* — L. 105. D. *de solut.*

15) L. 9. § 1. D. *h. t.*

16) Nam vid. not. 9. et 10.

17. Vid. not. 1. et add. L. 23. § 1. D. *de recept.* (IV, 8.) — L. 2. § 1—4. D. *si quis caut. in jud. sist. causa fact.* (II, 11.) — Dissent. *Schoeman* Handb. II. p. 299 — 308. *Ej.* Schadensersatz II. p. 18 — 27. Fragm. p. 50 — 56.; maxime propter locum perobscurum *Venuleji* L. 137. § 4. D. *de V. O.* — Sed vid. *Haenel* l. l. § 70. not. a. et *Wening* Zeitschr. I. p. 356 sqq. (nr. 2.).

18) L. 21. in f. L. 22. D. *h. t.* — L. 99. D. *de reg. jur.*

19) L. 63. D. *de reg. jur.* — L. 5. L. 40. D. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 21. L. 22. D. *de usur.* — L. 24. pr. L. 47. *eod.*

20) L. 88. D. *de reg. jur.*

21) L. 12. § 3. D. *depos.* (cf. § 373. not. 9.).

22) L. 40. pr. D. *de her. pet.* — L. 63. D. *de R. V.*

§ 372.

1) L. 16. § 2 sqq. L. 17. L. 18. pr. D. *de pec. constit.* (XIII, 5.) — L. 122. pr. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 39. L. 72. pr. et § 3. in f. L. 102. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 6. et 19. C. *de usur.* (IV, 32.) — Nov. 91. c. 2. (cf. infra § seq. not. 9. in f.).

2) Arg. L. 34. § 3. D. *de solut.*

3) Arg. L. 18. pr. D. *de pec. const.*

4) Vid. § 371. not. 18. et L. 4. D. *de usur. pupillarib.* (V, 56.)

5) Dissent. *Schoeman* Schadensersatz II. p. 15 sq. et p. 39. propter L. 3. in f. D. *de act. emti vend.* (XIX, 1.) — Sed vid. § 371. not. 1. et not. 17. — Nec magis contraria est L. 18. pr. in f. D. *de pec. const.*, quippe qua id solum quaeratur: num actio ob non praestitam solutionem locum habeat adversus debitorem? Nec utique propter moram fit, ut periculum suscipere aliquis necesse habeat, quod alioquin ad eum non spectet. Vid. v. c. supra § 362. nr. 3.

§ 373.

1) Certe semper culpam levem praestare debet.

damnum, quod ipse dolo suo vel lata culpa dederit, ad eum spectet [a]. 2) Mutationes, quae circa rei debitae pretium postea acciderint, ad ejus incommodum spectare, qui solutioni vel faciendae vel accipiendae attulerit dilationem [2], eundemque 3) ad damnum cessatione sua illatum adversario resarciendum cogi [3]. II) Ad debitoris incommodum haec maxime referenda sunt: 1) ut etiam percipiendorum fructuum gratia teneatur [4]; 2) ut ex mora debeantur usurae (§ 229. not. 14. 15.); 3) ut et poenae stipulatio committatur, et lege commissoria uti possit venditor [5]; 4) ut perpetua efficiatur actio alioquin breviori temporis spatio peritura [6]. Denique 5) quod dicitur: debitoris mora perpetuari obligationem, id nihil est aliud, quam communis illius praecepti: « omne omnino periculum ab eo, qui cessarit, recipiendum esse », ad debitoris moram translatio [7]. Qua tamen in re id velut temperamentum invaluit, ut periculum non sustineat reus, cum id utique certum est, rem, de qua quaeritur, etiam apud actorem fuisse interituram [8]. III) Accipiendi autem mora haecce efficiuntur incommoda creditoris propria: 1) potest debitor, post denuntiationem creditori rite factam, aut relinquendo rem, quae debetur, eamve effundendo, aut, si pecunia est in obligatione, justo eam modo deponendo, ab omni sese liberare obligatione [9]; 2) committuntur stipulationes, quae creditoris morae coercendae causa obligationi adjectae sunt, contra vero exstinguuntur, quae in ejus commodum sunt additae [10].—Caeterum ut omnino de alterius mora alter jure queri possit, hujus ipsius interesse oportet, moram non esse factam [11].

§ 374. *d) Mora quomodo emendetur, tollatur.*

Emendatur s. purgatur mora [1], simulac debiti aut solvendi aut accipiendi opportunitas oblata sit ab eo, per quem adhuc stetit, quo minus res expediri posset, scilicet ante litem contestatam [2]. Quo quidem facto futuri temporis incommoda non amplius spectabunt ad eum, qui antehac fuit in mora [3], verumtamen praeteriti temporis moram purgando non tolluntur, cum, si qua cala-

1a) L. 12. § 3 D. *depos.* — L. 5. L. 17. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.)—L. 9. L. 25. § 2. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — L. 84. § 3. L. 108. § 11. D. *de leg.* I.— L. 105. L. 114. D. *de V. O.*— L. 72. pr. D. *de solut.* — L. 2. C. *de cond. furt.* (IV, 3.)

2) L. 3. § 3. 4. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 3. L. 4. D. *de cond. trit.* (XIII, 3.)—L. 37. *mandati.* (XVII, 1.) (cf. § 365. nr. III.).

3) L. 17. § 1. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 2. L. 3. § 1. D. *h. t.* — L. 38. § 1. D. *de a. e. v.* — L. 26. L. 33. pr. D. *de leg.* III.

4) Cf. § 228. — Neque vero accessionum restituendarum obligatio morae tribuenda est, cum jam nemini sit potestas retinendi id, quod ad alium pertineat.

5) L. 72. § 2. *de V. O.* — L. 2. D. *de lege commiss.* (XVIII, 3.)

6) L. 50. § 5. *mandati.*

7) L. 91. § 3. 4. D. *de V. O.* — L. 58. § 1. D. *de fidej.* (XLVI, 1.) — L. 5. § 4 D. *de in litem jur.* (XII, 3.)— L. 39. § 1. L. 108. § 11. D, *de leg.* I. — L. 82. § 1. D. *de V. O.* — L. 3. C. *de usur.* (VI, 47.).

8) L. 14. § 11. D. *quod met. causa.* (IV, 2.) — L. 14. § 1. D. *depos.* — L. 40. pr. D. *de her. pet.* — L. 12. § 4. D. *ad exhib.* (X, 4.) — L. 47. § 6. D. *de leg.* I. — *Schoeman* Schadensersatz II. p. 59 — 67. — *Id.* Handb. des Civilr. p. 235 — 242. — *Id.* Fragmente p. 37 — 40. — *Glück* Pand. VIII. § 588. p. 234 — 255.

9) L. 1. § 3. D. *de per. et commod. rei vend.* (XVIII, 6.) — L. 1. § 3. L. 7. L. 18. § 1. L. 41. § 1. D. *h. t.* — L. 28. § 1. in f. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — L. 9. 19. C. *de usur.* (IV, 32.) — Cf. *Zimmern* in Arch. f. civ. Pr. III. Nr. 9. — Caeterum et in pecunia rite oblata casus periculum ad creditorem spectat, licet non deposita sit. L. 72 pr. D. *de solut.* Neque contraria est L. 102. D. *eod.* Vid *Gesterding* Ausbeute von Nachforschung. I. Nr. IX. p. 259 sqq.

10) L. 122. § 3. D. *de V. O.*

11) L. 135. § 2. D. *de V. O.*

§ 374.

1) *Sam. Stryk* D. de purgatione morae. Frcf. 1667. 1.—*Schoeman* Fragm. p. 66—84.

2) L. 84. D. *de V. O.* — L. 72. § 1—3. D. *de solut.*

mitas jamjam attigerit rem, quae debetur, tum vero, si eorum causa, quae ante commissa sunt, separatim agi potest, ut fiant [4]; igitur utique perimuntur ea, quae non nisi officio judicis debebantur. Si uterque deinceps [5] in mora fuit, siquidem de futuri temporis damnis quaeritur, posterior cessatio nocet [6]. Quodsi aut simpliciter accipiendo rem, aut alio modo, velut novatione, vel temporis praescriptione, actio sublata est, omnia quaecunque propter alterius moram peti poterant, simul exstinguuntur [7].

CAPUT IV.

DE REDDENDI OBLIGATIONIBUS.

TIT. I. DE MUTUI DATIONE HUJUSQUE SIMILIBUS OBLIGATIONUM FORMIS.

§ 375. I) *Mutui datio* (*). A) *Quomodo mutuum contrahatur.*

Mutuum contrahitur, cum res pondere, numero et mensura constantes hac lege dantur accipiunturque, ut ejusdem generis tantundem restituatur [1]. Ex quo consequitur, dominium rerum transire in accipientem, una cum periculo. Itemque, cum mutui dationi insit alienatio [2], intelligitur, qui alienandarum rerum non habeat potestatem, eum nec mutuo dare posse [3], rursus vero mutui datione non obligari, nisi qui omnino jure obligetur [4]. Quemadmodum autem instar est mutui, cum aut ita res alienanda datur, ut pecunia inde accepta retineatur [5], aut, quae alia ex causa praestandae sint res, fungibiles illae qui-

3) L. 73. § 2. L. 91. § 3. D. *de V. O.*

4) L. 23. D. *de O. et A.* — L. 12. C. *de contr. stipul.*

5) Quodsi ab utroque contrahitur mora (id quod fieri potest, cum v. c. neuter adest loco aut tempore constituto), de morae incommodis quaeri, nil attinet (Arg. L. 10. pr. D. *de comp.* XVI, 2.). Dissent *Fritz* Archiv. f. civ. Pr. X. Nr. VI., maxime provocans ad L. 51. pr. D. *de a. e. v.* (XX, 1.) At apud *Haloandrum* aliosque bonos editores hoc modo legitur in f. h. l.: «Non enim posse videri, moram per venditorem emtori factam esse, ipso emtore *posteriorem* moram faciente.» — Cf. et edit. *Beckii.*

6) L. 17. D. *de per. et commodo rei venditae.*

7) L. 23. pr. D. *de recept.* (IV, 8.) — L. 8. pr. D. *de novat.* (XLVI, 2.) — L. 15. *eod.* — (Cf. L. 14. pr. L. 31. pr. *eod.*) — L. 72. § 1. 2. D. *de solut.* — L. 17. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.) — L. 20. pr. C. *de usur.* IV. 32. (vid. supra § 231.). — (Cf. *Glück* Pand. IV. § 331.)

§ 375.

(*) Dig. (XII, 1.) *de rebus creditis, si certum petetur, et de conditione.* — Cod. (IV, 1.) *Si certum petatur.* — *Pothier,* Traité du prêt de consommation et des matières qui y ont rapport. (opp. ed. *Dupin* T. IV. p. 47—75.)

1) Pr. I. *quib. m. re contr. obl.* — L. 2. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. 1. § 1. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) (Quomodo creditum differat a mutuo vid. L. 1. et L. 2. § 3. D. *h. t.*) — Caeterum ex conventione de mutuo dando hodie nasci actionem, licet verissima sit observatio, tamen omnino nihil facit ad ipsius obligationis ex mutuo oriundae vim definiendam, quippe quae ante adesse sua natura nequeat, quam datae sint res. — Cf. L. 2. § 3. D. *h. t.* — Quoniam tamen *conventiones* plerumque sunt utrimque obligatoriae, non dubitamus, quin pacto de mutua pecunia danda inito etiam ad accipiendum debitor futurus obstringatur. Id quod Romano jure secus erat; L. 30. D. *h. t.* «Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.»

2) Vid. not. 1. et § 2. I. *quib. alien. lic. vel non.* — L. 16. L. 41. D. *h. t.* — Magnum scriptorum numerum, justam sententiam tuentium adversus *Cl. Salmasium,* qui nullo usus probabili argumento illam oppugnaverat, nominaverunt tum *Meermanus* in praefat. T. III. thes. jur. civ. et can. praemissa p. 5., tum vero *Glück* Pand. XII. p. 30 — 32.

3) Cf. L. 2. § 4. L. 11. § 2. D. *h. t.* — § 2. I. *quib. alien. lic.* — L. 78. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 12. et 13. D. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. XII. § 781. p. 33 sqq.

4) L. 59. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 13. § 1. L. 14. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — Peculiari ratione etiam judices prohibentur, ne a litigantibus foenebrem accipiant pecuniam L. 2. C. *h. t.*

5) L. 11. pr. D. *h. t.* (cf. L. 8. C. *eod.*). — Vid. et L. 19. pr. D. *de pr. verb.* (XIX, 5.) — Caeterum an conciliari possit prior locus cum L. 34. pr. D. *mandati.* (XVII, 1.) verb.: «his argumentum esse. — — nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum» tum quomodo id fiat, inter se minime conveniunt JCti. Vid. *Glück* Pand. XII. § 779. p. 6 — 10.

dem, jam, ut ex mutui causa apud debitorem remanerent, convenit [6]): sic etiam ei, qui dominus non est rerum mutuatarum, obligari accipiens potest, dummodo illius nomine dentur accipianturque res [7]); quid? quod ne accipientis error impedit, quo minus is, cujus nomine dantur res, ad eas repetendas condictione uti possit adversus accipientem: vocant *Juventianam condictionem* [8]).

§ 376. B) *Obligatio et actio ex mutuo oriunda.*

Jam vero ex mutui datione non nisi ab altera parte obligatio oritur atque actio; scil. certi condictio, qua id petitur, ut tantundem ejusdem generis atque aeque bonum solvatur [1]); igitur ad reparanda damna, quae in mutuantem eo redundarunt, quod in partibus suis implendis mutuo dans male versatus sit, aliis illi quidem utendum erit actionibus, velut de dolo, vel ex lege Aquilia [2]). Quoniam autem re non contrahitur, nisi quatenus datum est (§ 343. not. 3.), sequitur, ut ea quidem actione, quae ex mutuo proficiscitur, nec usurae petantur [3]). Quodsi in mutuo contrahendo de usuris solvendis inter partes nominatim convenit (quod quidem stipulationibus fieri plerumque necesse erat), in foenoris naturam et nomen transit negotium [4]).

§ 377. C) *Quomodo pecunia mutuo data reddenda sit* (*)?

Singulatim autem de ea quaestione: quomodo pecunia mutuo collocata reddenda sit? haec nobis potissimum esse praecipienda videntur: 1) Quoniam in pecunia mutuo data non corporis et speciei ratio habetur, sed pretii atque aestimationis [1]), sequitur, ut etiam aliae numorum formae, quam quae datae sint reddi possint solutionis loco [2]), nisi aut eodem esse numorum genere pecuniam restituendam convenit [3]), aut reprobati sunt numi ab usuve recesserunt eo loci, ubi petenda solvendaque pecunia est [4]), aut legislatoris decreto coercitum est

6) L. 9. § 9. L. 15. in f. D. *h. t.* — At ilidem aliud videtur Africanus praecipere L. 34. pr. D. *mandati.* — Cf. *Glück* l. l. p. 12—18.

7) L. 2. § 4. L. 15. D. *h. t.* — Cf. *Auctoris* Cession § 11. nr. 1.

8) Propter L. 32. D. *h. t.*, quippe quae desumta sit e Celsi .Lib. 5. Dig. — Cf. *J. L. Conradi* de Juventiana condictione, *ret.* Marb. 1774.

§ 376.

1) Pr. I. *h. t.* — L. 9. pr. D. *h. t.* (vid. et § 375. not. 1.).—Vocatur etiam mutui actio L. 5. C. *quib. non obj. l. t. pr.* (VII, 35.)— Cf. et L. 9. C. *h. t.*

2) Vid. *Hoepfneri* Comment. § 760. nr. 1.

3) L. 9. pr. in f. D. *h. t.* — Cf. L. 9. § 1. *eod.*— Quid? quod ne ob moram quidem a debitore contractam usurae peti poterant, siquidem mutui obligatio ad stricta erat referenda judicia. Quod quidem hodie secus esse vix est, quod moneamus.

4) Vid. *Brisson.* de V. S. voce *foenus,* et cf. supra § 229. not. 8. et not. 10.

§ 377.

(*) E scriptorum numero, qui hanc quaestionem pertractarunt, inprimis sunt nominandi: *B. Branchu* observ. ad jus Rom. decas altera (Lugd. Bat. 1723.) c. 13. 14. — *Voet* ad Tit. Pand. *de reb. credit.* § 24. 25. — *Averanii* interpr. Libr. III. c. 12—14.—*Pufendorf* de j. n. et g. Lib. V. c. VII. § 5. 7. et *Barbeyrac* ad h. l.—*Pothier,* Traité du prêt. Nr. 36 sqq. — *J. Th. Seger* de mutato valore monetae in solutionibus aestimando (opusc. Vol. I. Erlang. 1788. nr. IV.). — *E. Schrader* (resp. *Fels*) quid, debito pecuniario contracto, praesertim mutationib. circa pecuniam interim factis, solvendum sit. Tubing. 1814. — *B. W. Pfeiffer* practische Ausführungen aus allen Theilen der R. W. (Bd. I. Hannov. 1825.) nr. VII. p. 51 sqq. — Cf. et *Glück* Pand. XII. § 783. p. 63 sqq.

1) L. 1. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)— L. 3. D. *h. t.* (XII, 1.)—*Schrader* s. *Fels* l. l. § 14.—*Pfeiffer* l. l. § 7.

2) Arg. L. 99. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — (Vid. et *Seneca* de benef. VI, 5.)— *Schrader* l. l. p. 31 sq. et § 20. (p. 58 sq.).—*Pfeiffer* l. l. § 7. et § 9. nr. 1. — Cael. cf. allgem. Landrecht für die Preuss. Staaten Th. I. Tit. XI. § 778 sq.

3) *Schrader* § 14. (p. 40 sqq.). — *Pfeiffer* § 9. nr. 2. — Cf. Landr. f. die Preuss. Staaten l. l. § 788. 789.

4) L. 24. § 1. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — *Schrader* l. l. § 8. in f. (p. 22.) § 24. (p. 67—69.).

debitoris arbitrium [5]). 2) Quaestio autem haec : quanta pecunia et qualis reddenda sit? tota est regenda ex communi principio, scil. tantundem esse ejusdem generis, quantum datum sit, ejusdemque qualitatis restituendum [6]). Jam vero, a) cum lex numaria (vocant *Münzfuss*) mutata inveniatur, ex ea, quae dationis tempore fuit, norma, quantum sit reddendum pecuniae, aestimandum erit [7]). Quodsi b) ipsorum est numorum pretium mutatum, idque solum internum, nihil fere id valet ad definiendum, quid quantumve reddendum sit [8]), dummodo numi noviter cusi ex eodem sunt genere metalli, nec per tempus tantum ex rerum necessitatibus diminutio facta aut probitatis, aut ponderis numorum. Sin pretium mutatur, quod legibus imponitur numis (vocant externum s. legitimum pretium), item ex eo tempore, quo reddenda sit pecunia, res erit aestimanda [9]), similiter ratione habita temporum ac causarum, unde profecta sit mutatio, quoad id quidem per certam commerciorum rationem atque usum fieri potest. Quare etiam c) conveniens est, ut, si ejusmodi sunt numi dati, quorum per se esse solet mutabile pretium, i. e. tale, quod ipso vitae usu commerciorumque ratione varie subinde solet constitui (vocant *Courspreis*), tantum esse reddendum, quanti eo tempore ac loco, quo suum recipiat creditor [10]), habentur numi, cum hoc modo aeque tantundem illi recepturus sit, quantum ipse dederit [11]) : praeterquam si pactionibus et de numorum genere et de illorum aestimatione jam inter contrahentes convenit [12]). 3) Chartacea pecunia mutuo data tantum est numeratae pecuniae reddendum, quanto initi contractus tempore commutari illa poterat, rursus vero, cum solutio fit numorum datorum chartaceae pecuniae forma, hujus quidem aestimatio ex solutionis tempore fieri debet, sic tamen, ut tantum recipiat creditor, quantum dationis tempore, vera numorum aestimatione facta, ei oberat [13]). Ex quo etiam sponte intelligitur, quaenam incunda sit ratio, cum chartaceae pecuniae genere et contrahitur mutuum et solvitur [14]).

§ 378. D) *De non numeratae pecuniae et querela et exceptione* (*).

Si quis mutuo se accepisse res scripto confessus est, intra biennium [1]) aut re-

5) Cujusmodi est praeceptum Rec. imp. de 1576. § 76. (cf. allgem. Landr. f. d. Preuss. St. l. l. § 780.). — *Gluck* Pand. XII. p. 67. — *Schrader* l. l. § 22. in f. (p. 65.).

6) Vip. not. 1. et 2. — Neque in mutui dationibus dubitatio facile exoriri potest, de quonam monetarum genere cogitaverint contrahentes, scil. his in causis, ubi idem vocabulum ad diversi pretii numos pertinet. — Cf. hac de re *Schrader* l. l. § 21. p. 61 sq. — *Pfeiffer* § 11.

7) Arg. L. 2. C. *de veter. numismat. pot.* (XI, 10.) — c. 26. X. *de censib.* (III, 39.) — Cf. *Pfeiffer* § 2 — 4. et § 8. nr. 1. et *Schrader* § 27. — Landr. f. die Preuss. Staaten l. l. § 787.

8) *Schrader* § 25. in f. p. 66. (Caeter. vid. eund. § 27 sqq.) — *Pfeiffer* § 8. nr. 2.

9) *Pfeiffer* l. l. (§ 8. nr. 2.). — Cf. *Schrader* § 26. — Landrecht f. die Preuss. Staaten l. l. § 789.

10) Omnino enim in causis propositis (Nr. 2. a. b. c.) ex eo potissimum tempore, quo solvi debebat, non quo vere solvitur, quid propter moram praestandum accipiendumque sit, aestimandum est. Vid. *Schrader* § 25. Nr. A. B. — Cf. *Pfeiffer* p. 76.

11) Caeter. vid. *Pfeiffer* § 6. et Landr. f. die Preuss. St. § 792. [De hoc argumento vid. etiam *Pothier*, Traité du prêt. Nr. 37. — Cod. Nap. 1895.]

12) *Pfeiffer*. § 11.

13) Cf. *Schrader* § 21. in f. (p. 62. in f. seq. § 26. (p. 76.).

14) Cf. Landr. f. die Preuss. Staaten § 793—795.

§ 378.

(*) Inst. (III, 21. [22.]) *de literarum obligatione*. — Cod. (IV, 30.) *de non numerata pecunia*. — *G. F. Menckenii* D. de vera indole literarum obligationis et exc. n. n. p. (opusc. Nr. XIII.). — *Unterholzner* über die exc. n. n. p., in Archiv f. civilist. Praxis VII. Nr. I. — *Cropp* über literarum obligatio, cautio indiscreta und pecunia cauta non numerata (jurist. Abhandl. von *Heise* u. *Cropp* I. Nr. XVIII.). — *Pfeiffer* pract. Ausführungen II. Nr. II. p. 148 sqq. — *Endemann* de chirographo et exc. n. n. pec. Marb. 1832. 8.

1) De tempore quod antea erat constitutum, vid. Herm. Cod. Fr. Tit. I. (edit. Berol. p. 272.). — L. 14. pr. C. *h. t.* — *Cropp* l. l. § 10.

tractare potest chirographum s. cautionem [2]), aut agentem ex illo chirographo non numeratae pecuniae exceptione repellere [3]), sive nihil, sive minus, quam de quo cautione professus fuerit, se accepisse affirmat [4]). At transacto biennio plenissimam habet chirographum probandi vim, hoc pacto, ut nec audiatur chirographi dator, non esse numeratam pecuniam probare volens [5]), certe ex Romanarum legum praecepto [6]). Quemadmodum autem non numeratae pecuniae exceptio non modo ipsi prodest, qui dedit chirographum, verum etiam his, qui ex ejus persona conveniuntur [7]): sic contra nonnullis ex causis cessat. Et primum quidem eo, quod postea debitum iterum agnoscatur, quacunque id fiat ratione, sive verbis sive factis [8]); deinde in cautionibus, quas argentariorum debitores dederunt [9]); denique fidejussor adversus suum ipsius chirographum uti hac exceptione prohibetur [10]). Eo vero, quod jurejurando munita sit cautio, non excluditur nec actio nec exceptio non numeratae pecuniae [11]). Omnino autem, ut locum habeat hoc jus, requiritur, ut pecuniam mutuo datam esse profiteatur, vel alias res, ex earum quidem genere, quarum datione in creditum itur [12]), hoc pacto, ut ne tum quidem privilegio illo uti possit, qui debere se scripto professus est, cum ex causa aliqua praecedente in chirographi formam quantitas debita redigitur [13]). Quodsi pecuniam se quidem accepisse haud diffiteatur, verumtamen ex eo se esse obligatum neget, item ex communis juris regulis res erit aestimanda [14]). Nec tamen prohibentur, qui privilegio illo aut querelae aut exceptionis uti non possunt, quo minus de non acceptis rebus vel

2) De remediis, quibus id fiat, vid. L. 7. L. 14. § 4. C. *h. t.* et ibi *Auth.* — Cf. *Vinn.* ad h. Inst. tit. nr. 4.

3) T. T. Inst. L. 7. et L. 14. pr. C. *h. t.* — De poena ejus, qui propriam scripturam, vel numerationem sibi factam falso abnegat, vid. *Auth. Contra* C. *h. t.* (Nov. 18. c. 8.). — Cf. *Hoepfner* not. 1. ad § 851.

4) L. 9. C. *h. t.* — Cf. *Unterholzner* l. l. p. 31. nr. 2.

5) L. 8. in f. C. *h. t.* (« — omuimodo debitum solvere compellitur. ») — L. 14. pr. *eod.* (« ut eo elapso nullo modo querela n. n. pec. *introduci* possit. ») — *Glück* Pand. XII. § 786. p. 139 — 144. — *Cropp* l. l. § 11. § 31—33. — *Pfeiffer* l. l. p. 155. — Dissent. *Unterholzner, Meurerum* secutus, l. l. § 6. p. 49 sqq., nullo fere usus argumento, nisi ex eorum genere, quae argumenta a contrario vocantur, scil. provocans ad L. 14. § 3. C. *h. t.* — Eidemque hac quidem adstipulatur *Kraut* de argentariis et nummulariis comment. p. 103 sqq. — At id quidem fieri potest, ut ex causa aliquis in integrum restituatur adversus juris hujus rigorem. L. 14. pr. in f. C. *h. t.* Quid? quod ipso jure non currit biennii tempus minoribus. L. 5. C. *in quib. caus. in int. rest. nec non est* (V, 41.) Quod quidem ita interpretandum est, ut ante biennium item privilegio minores, postea vero jure communi utantur. Praeterea denuntiationibus scripto interpositis jus suum, scil. vulgare, sibi conservare potest. L. 14. § 4. C. *h. t.* — Nov. 100. c. 1. — *Marezoll* in *Grolmani* Magazin IV. p. 386 sqq., tum vero in Zeitschrift f. Civilrecht u. Process III. p. 284 sqq. — Caeterum cum non numeratae pecuniae exceptione, solutionis factae minime commisceri debet exceptio L. 10. C. *h. t.* — Cf. L. 18. C. *de testib.* (IV. 20.) — *Linde* Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. I. Nr. X.

6) Cf. *Gluck* l. l. p. 171. in f. sqq. — *Cropp* § 34.

7) L. 8. 12. 15. C. *h. t.*

8) L. 4. C. *h. t.* — Nec igitur dubitandum, quin exceptio non numeratae pecuniae, scil. privilegiata, quam vocant, eo excludatur, quod posteriore scriptura, eaque seorsim scripta, debitor aut sese accepisse pecuniam confitetur, aut exceptioni renuntiat. — Aliorum sententias proposuit *Glück* l. l. p. 155 sqq. — Cf. et *Unterholzner* l. l. p. 11. nr. 4. p. 45—48. nr. 11. 12.

9) Nov. 136. c. 5. — Cf. et ib. c. 6. — *Unterholzner* l. l. p. 37 sq. nr. d. — Omnino autem de privilegiis, quae Justinianus impertierit argentariis propter credita ipsorum, vid. *Kraut* do argentariis et nummulariis c. XIII. p. 127 sqq.

10) L. 6. C. *h. t.*

11) L. 16. C. *h. t.*

12) L. 3. L. 11. L. 13. C. *h. t.* — *Mencken* l. l. § 18 sqq. — Dissent. *Unterh.* l. l. § 4. p. 19 sqq., vel maxime provocans ad verba L. 14. C. *h. t.* « In contractibus, in quibus pecuniae, vel *aliae res numeratae, vel datae* esse conscribuntur — ———; in quo [contractu] numeratio pecuniarum, vel *datio certarum specierum* scripta est. » — At, cum constanter in antiquioribus legibus earum tantum rerum mentio fiat, quarum datione in creditum itur, ac praeterea *specierum* nomen, ex posterioris aevi usu loquendi, ad fungibiles res praeter numeratam pecuniam, referri consueverit (cf. L. 26. § 1. C. *de usuris* (IV, 32.) et *Noodt* de foenore et usuris lib. II. c. 8. et supra § 230. not 8.), doctissimi viri rationes me non moverunt, ut a communi sententia recederem. — Cf. et *Hansen* in Archiv f. civ. Pr. IV. Nr. IX. p. 45 sqq.

13) L. 3. L. 11. L. 13. C. *h. t.* — *Cropp* § 12 16. — Dissent. *Pfeiffer* p. 158—162. p. 164 sqq. (nr. 14.).

14) *Pfeiffer* p. 162 sqq. Nr. II.).

pecuniis fidem judici faciant, praeterquam quod adversus depositarum rerum cautiones, easve, quae ab argentariorum debitoribus scriptae sunt, tum etiam adversus apochas publicas, nulla contrarii probatio admittatur [15]), nec in reliquis causis omnino omnibus uti liceat probandi remediis [16]). Caeterum simile quoddam jus constitutum est tum in cautionibus, quibus dotem se accepisse vir profitetur [17]); tum vero in apochis, iis quidem, quae ad causas spectant, quibus inter se privati homines devinciuntur, quarum hoc est proprium, ut intra triginta dies nihil probent, postea vero scriptoribus earum veritatem solutionis factae oppugnare non liceat [18]).

§ 379. E) *De nautico foenore* (*).

Vocatur nauticum foenus, quod pro trajectitia pecunia, i. e. quae trans mare creditoris periculo vehitur, solvendum est [1]). Jam vero propria hujusce negotii vis his continetur legibus: 1) Fert creditor periculum earum rerum, quae trajiciendae dantur [2]), idque ex eo inde tempore, ex quo navigari convenit [3]), usque dum ad destinatum locum navis appulerit [4]): praeterquam si certum tempus praestitutum sit, quo finito periculum esse creditoris desineret [5]). 2) Licet creditori, centesimas eo nomine usuras tamquam periculi pretium sibi stipulari [6]), quod et nudis pactionibus fieri potest [7]). Quae quidem et in alia negotia, quorum incertus est eventus periculisque obnoxius, conferre licebit [8]).

§ 380. II) *De obligationum causis, unde res, quae sine causa possidentur, reddendae sunt* (*). A) *Indebiti condictio* (**). 1) *Ejus notio et conditiones necessariae.*

In harum numero obligationum inprimis est indebiti condictio, vel maxime ea similis condictioni, quae ex mutui datione proficiscitur [1]); cujus haec est vis,

15) L. 1. § 1. C. *h. t.*—Nov. 136. c. 5. — Caeterum, quod ad rerum depositarum cautiones attinet, iterum a nobis dissent. *Unterholzner* l. l. p. 7. At nobis liceat, ad verba postrema L. 14. § 1. C. *h. t.* nosmet referre.

16) L. 25. L. 14. § 3. C. *h. t.*

17) Cod. (V, 15.) *de dote cauta non numerata.*

18) L. 14. § 2. C. *h. t.*

§ 379.

(*) Dig. (XXII, 2.) et Cod. (IV, 33.) *de nautico foenore.* — Nov. 106. et 116.— *M. H. Hudtwalcker* D. de foenore nautico Roman. Hamb. 1810.

1) L. 1. D. et L. 1. C. *h. t.* — Vocantur etiam usurae maritimae. L. 6. D. *h. t.*

2) Vid. not. 1. et sqq.— Caeterum sponte intelligitur, non suscipi a creditore, quae ipsius debitoris culpa adducuntur pericula damnaque. L. 3. C. *h. t.*

3) L. 3. D. *h. t.*

4) L. 4. pr. L. 6. D. *h. t.*

5) L. 1. et 4. C. *h. t.*—Cf. L. 122. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—*Glück* Pand. XXI. p. 173—188.

6) L. 26. § 1. C. *de usur.* (IV, 32.) (vid. supra § 230. not. 8.).—Cf. L. 4. et 5. D. L. 2. C. *h. t.* et *Pauli* sent. rec. II, 14. § 3.

7) L. 5. § 1. L. 7. D. *h. t.* (cf. § 229. not. 11.),

8) L. 5. D. *h. t.* « Periculi pretium est, et si conditione quamvis poenali non existente recepturus sis, quod dederis, et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aliam speciem non cadat: veluti ea, ex quibus conditiones [condictiones] nasci solent, ut, si manumittas, si non illud facias, si convaluero, et caetera. Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum plurimum pecuniae dederim, ut, si coepisset, redderet, et athletae unde se exhiberet, exerceretque, ut si vicisset, redderet. » In cujus legis, damnatarum in numero vulgo haberi solitae, interpretationem quae scripta sunt, fere in unum contulit *Glück* Pand. XXI. p. 153 — 166.

§ 380.

(*) *G. E. Heimbach* observat. jur. Rom. Lib. Lips. 1834. 8. (cf. A. L. Z. anni 1835. Nr. 62 sq. p. 465 sqq.)—*C. Sell* de condictionib. quaest. duae. Darmst. 1834. 8.— *Hasse jun.* in Rhein. Mus. VI. p. 59—84.

(**) Dig. (XII, 6.) — Cod. (IV, 5.) *de cond. indeb.*

1) § 1. I. *quib. m. re contr. obl.* — § 6. in f. I. *de obl., quae qu. ex contr. nasc.*— L. 5. § 3. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — Cf. *Weber* von der natürl. Verbindl. § 9.

ut, quod indebite per errorem vel solutum vel promissum est, repeti possit [1]). Necessariae igitur hujus obligationis conditiones haec sunt : I) Omnino esse indebitum, quod solutum sit, hoc pacto, ut ne naturali quidem jure debeatur [2]). Quae vero actionibus quidem peti possunt, iis tamen, quarum elidendarum causa perpetuae sunt exceptiones comparatae, solutione facta plerumque repetuntur [4]), praeterquam si ex ejusmodi causis solutio fit, unde efficitur, ut velut naturalis obligatio remaneat [5]). Nihil autem interest, ut locus sit condictioni, utrum sors sit indebita, an usura tantummodo sortis debitae; certe ex Justiniani constitutione [6]). II) Altera est hujus condictionis necessaria conditio solventis error [7]); sive facti sit error, sive juris [8]). Quemadmodum autem error non requiritur, ubi personae conditio locum facit condictioni [9]): sic contra non semper, quod per errorem solutum est, condici potest [10]). Caeterum non est in hujusce actionis conditionibus necessariis, ut bona fide solutionem adversarius acceperit, licet talia etiam evenire possint, quae efficiant, ut furtiva condictione adversarius teneatur [11]).

§ 381. 2) *De ipsius condictionis indole et quomodo tollatur.*

Praeterea I) de personis, ad quas spectet indebiti condictio, haec praecipienda sunt : 1) simili ratione, ut in mutui datione, et indebiti condictionem statim alii, quam qui dederit, acquiri [1]); 2) non solum ei, a quo facta sit solutio, verum etiam his, qui in ejus locum successerint, utilem esse condictionem [2]); nec minus 3) fidejussori, qui quidem solverit, quod vere non debebat is, cujus in se suscepit obligationem [3]); denique 4) correos, eosque ejusdem pecuniae, quod amplius, quam obligati essent, pariter solverint, singulos pro rata repetere posse [4]). II) Condicuntur, quae indebite facta praestitaque sunt, eorumve

2) Vid. not. 1. et L. 14. L. 15. pr. L. 66. D. *h. t.*

3) L. 13. L. 38. L. 41. L. 51. L. 64. D. *h. t.* — Cf. a) L. 9. D. *h. t.* — b) L. 26. § 12. et L. 32. § 2. D. *h. t.* — Vid. et not. 5. 6. — *J. N. Hertii* opusc. Vol. I. P. III. p. 95 sqq.

4) L. 66. L. 112. D. *de reg. jur.* — L. 26. § 3. et 7. L. 40. pr. L. 54. D. *h. t.*

5) Vid. supra § 330. nr. 5. not. 14—16.

6) L. 18. C. *de usur.* (IV, 32.) — Caeterum ab hac sententia recedit *Ulpianus* L. 26. pr. D. *h. t.* — Cf. *Weber* Vers. üb. das Civ. R. nr. IV. (§ 230. not. 17.). et *Roeder* civilist. Abh. Nr. V.

7) L. 1. § 1. L. 26. § 3. in f. D. *h. t.* — Cf. L. ult. C. *h. t.* — Quodsi is, qui dat, se non esse obligatum, probe scit, at in causa donandi vel remunerandi error intervenit, solutum repeti nequit, L. 65. § 2. D. *h. t.*

8) Locos probantes jam supra protulimus, de juris et facti ignorantia disserentes, § 96. not. 1. — Obstare quidem videtur L. 10. C. *de juris et facti ignor.* (I, 18.) — At vid. quae a nobis observata sunt § 96. nr. 1. in f. et not. 10.; tum vero maxime in Archiv. f. civ. Praxis II. Nr. XXXV. § 7. 8. — Vid. et *A. P. Fricke* (resp. *Tiedemann*) D. de indebitum solvente per ignorantiam juris civilis ad indebiti condictionem admittendo. Helmst. 1778. 4. — Caeter. dissent. plerique. — Vid. *Glück* Pand. XIII. p. 135 sqq. — Cf. *ejusd.* comment. XXII. p. 338 sqq.

9) L. 29. D. *h. t.*

10) V. e. a) L. 52. L. 65. pr. § 1. et 2. D. *h. t.* — b) § seq. not. 14. 15. — c) L. 9. § 5. D. *de juris et facti ignor.* — L. 10. C. *eod.* — L. 2. C. *de fideic.* (VI, 42.) — L. 7. D. *h. t.*

11) Cf. inter se L. 14. D. *de cond. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) — L. 37. D. *h. t.* — L. 18. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.) — L. 43. pr. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — Vid. *Glück* Pand. XIII. § 835. p. 155. et p. 172 sqq.

§ 381.

1) L. 6. pr. L. 47. L. 57. pr. D. *h. t.* — L. 5. D. *eod.* — Ac simili ratione etiam adversarii persona constituetur. L. 14. D. *de cond. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) — L. 6. § 1. et 2. L. 57. § 1. D. *h. t.* — Cf. L. 19. § 1. L. 65. § 9. D. *h. t.*

2) L. 12. D. *h. t.*

3) L. 47. D. *h. t.* — Cf. Archiv f. civil. Praxis II. p. 396 sq. et not. 83.

4) L. 19. in f. L. 20. D. *h. t.* — Observ. a) Cum diversae pecuniae rei facti sunt, hoc pacto, ut una tantum vere debeatur res, ab utroque solutione facta, electio est creditoris, cuinam reddere velit. L. 21. D. *h. t.* — b) Quodsi ab ejusdem pecuniae reis diversis temporibus solutio facta est, ita quidem, ut posteriore solutione amplius, quam debeatur, acceperit creditor, is tantummodo repetit, qui postremo solvit. L. 25. D. *h. t.* — Simile est argumentum legis 67. § 2. *eod.*

aestimatio [5]). Igitur in promissionis condictione id agit, qui promisit, ut liberetur, et, si quae datae sunt cautiones, ei restituantur [5a]); at operarum indebite praestitarum nomine aestimatio petitur [6]). Quod si res datae sunt ex earum numero, quae pondere, numero et mensura constant, ex eodem genere reddendae sunt, idque sine usuris, scil. ex Romanorum more, quippe quo in stricti juris actionibus hujusmodi actiones habitae sint [7]). Sin ex non fungibilium genere sunt res, una cum accessionibus fructibusque perceptis nec non post litem contestatam neglectis repetuntur [8]), scil. impensis in rem factis, ut cuivis bonae fidei possessori, restituendis ei, a quo petitur [9]). III) Quod ad ipsius controversiae rationem attinet, plerumque actor indebite esse datum praestitumque probare necesse habet [10]), nisi aut in adversarii poenam, sese quod condicatur accepisse falso infitiantis [11]), aut cum indiscretum instrumentum, quod vocant, condicitur [12]), aut propter personarum privilegium, unde efficitur, ut jure debiteque actorem praestitisse is, quocum agitur, probare debeat [13]). Caeterum IV) cessat tolliturque indebiti condictio, praeterquam iis ex causis, quarum in ipsis explicandis hujusce obligationis legibus mentionem fecimus [14]), his etiam: cum aut poenae nomine aut ex causa ejusmodi, ubi lis inficiando crescit in duplum, aliquid solutum est [15]), praeterea praescriptione. At vero renuntiatione non tolli condictionem juris rationi magis conveniens est [16]).

§ 382. B) *Condictio ob causam datorum* (*).

Condictio ob causam datorum, s. causa data causa non secuta, ad id repetendum locum habet, quod ex causa honesta eaque futura non tamen secuta datum est [1]). Et e Romanorum quidem doctrina, omnino omnibus in conventioni-

5) Caet. vid. L. 3 D. *h. t.* et not. 8. — *Waechter* in Arch. f. civ. Pr. XV. p. 123 — 126. — *Sell* l. l. Q. II. p. 126 sqq.

5a) L. 31. D. *h. t.* — L. 5. in f. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 1. pr. D. *ut in possession. legator.* (XXXVI, 4.) — L. 2. § 3. 4. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — L. 3 C. *h. t.* — Ac similem habet vim, quae non donandi animo indebite facta est jurium remissio. L. 39. D. *h. t.* — L. 22. § 1. *eod.*

6) L. 26. § 12. L. 40. § 2. D. *h. t.*

7) L. 7. L. 19. § 2. D. *h. t.* — L. 5. § 3. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 1. C. *h. t.* — Cf. *Theophil.* ad tit. Inst. *de except.* § 3. et *Auctoris* obs. ad *Gansii* Obligationenrecht in Heidelb. Jahrb. 1821. p. 53 — 55. p. 56 sq. nr. 3. Jam vero hoc observato, scil. hasce condictiones, quamvis ex jure gentium profectas, tamen inter stricta judicia esse connumeratas, facili negotio de hujus juris usu forensi quaestio, quae tot JCtorum ingenia frustra exercuit, erit dirimenda. — Cf. *Glück* Pand. XIII. p. 156 — 165.

8) L. 15. pr. L. 6. § 65. D. *h. t.* — Quodsi aut deperiit, aut deterior facta, aut distracta est res, quae apud b. f. possessorem fuit, nihil ille reddere necesse habet, nisi quatenus locupletior ea re factum est. Cf. L. 26. § 12. et 65. § 8. D. *h. t.* — Vid. et a) L. 15. in f. D. *h. t.* (*v. de Water* obs. II, 16.). — b) L. 65. § 7. D. *eod.*

9) L. 26. § 12. L. 65. § 5. D. *h. t.*

10) L. 25. D. *de probat.* (XXII, 3.) — *C. H. Fischer* (Pr. *A. F. Scholl*) D. de probatione condictionis indebiti rite suscipienda. Lips. 1767. — *A. F. Müller a Berneck* exerc. de probatione indeb. *rel.* Lips. 1772. — *Glück* Pand. Bd. XXI. p. 372 — 390. — Cf. et *Roeder* Abhandl. Nr. II. p. 47 sqq.

11) L. 25. pr. D. *de probat.*

12) L. 25. § 4. D. *eod.* — *Cropp* jurist. Abhandl. I. Nr. XVIII. § 15 — 23.

13) L. 25. § 1. *eod.*

14) Cf. § 380. not. 3. 5. (§ 330. not. 14 — 16.) 7. 8. 10.

15) a) L. 42. D. *h. t.* — b) § 7. I. *de oblig., quae qu. ex contr. nasc.* — L. 4. C. *h. t.*

16) L. ult. § 3. D. *h. t.* — Sunt qui putent, specialiter factam renuntiationem condictioni obesse. Sed vid., quae alii contra scripserunt, apud *Glückium* Pand. XIII. § 932.

§ 382.

(*) Dig. (XII, 4.) *de cond. causa data causa non sec.* — Cod. (IV, 6.) *de cond. ob caus. dator.* — Vid. *Jos. F. de Retes* ap. *Meerm.* V. p. 118 — 157., nec non *C. G. Waechteri* librum supra § 344. not. (*) in f. laud.

1) L. 52. D. *de cond. ind.* XII, 6. (Damus aut ob causam, aut ob rem. Ob causam [i. e.] praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur; quo

bus, quae rei datione coeperant atque ad innominatorum contractuum genus referri solent, haecc uti condictione licuit, nec propterea solum, quod implere causam aut nollet accipiens aut nequiret, verum etiam propter dantis poenitentiam: eo tamen, quo utimur, jure concedi non solet repetitio, nisi ubi ob singularem causae conditionem receptum est, ut propter non impletam causam repetere, quod datum est, atque adeo poenitere liceat ei, qui dedit[2]). Igitur in hisce potissimum causis locum habet condictio: 1) si conditio propter causam non secutam recipiendi ejus, quod datum est, aut nominatim pactis exprimitur, aut suapte ipsius negotii natura tacite conventionibus inesse videtur, velut a) in dote ante nuptias soluta, nuptiis non secutis[3]); b) in eo dationis genere, quae conditionis implendae causa fit, scil. postea non quaesito jure, cujus causa datum est[4]); c) in mortis causa donationibus[5]); d) in solutione procuratori facta, si dominus id ratum non habuerit[6]); eodemque in genere c) etiam habenda esse censemus, quae sub conditione non faciendi dantur[7]). Praeterea 2) si legibus nominatim indultum est jus, propter non impletam causam recedendi a conventione, nec illud e communi innominatorum, ut vocant, contractuum natura repetendum[8]), quo in genere sunt, quae sub modo legantur vel donantur, scil. non impleto modo[9]), tum vero, quae ex transactione data sunt, si nihilominus is, qui dedit, ea ex causa condemnatur, propter quam transactum est[10]). Denique 3) quoties ex conventione receditur a contractu, cujus causa alteri ab altero aliquid datum est[11]). Utrum autem ob solam ejus, qui dedit, poenitentiam repetere liceat, quod datum sit, an propter causam quavis ratione non secutam, an propterea tantummodo, quod culpa impeditur accipientis, quo minus impleatur dandi conditio, id non universim statuendum est, verum ex cujusvis causae propria vi ac indole intelligi debet[12]). Caeterum eadem hic est eorum, quae reddenda ac vicissim praestanda sint, ratio, ut in indebiti condictione[13]). Quodsi vero cum actione ex contractu oriunda concurrat condictio (velut in causa nr. 3. proposita), etiam de eo, quid propter culpam praestandum sit, quaeri potest, certe eo, quo utimur, jure[14]).

non sequente repetitio competit.» — L. 1. pr. et § 1. D. *de condict. ob turp. vel injust. causam* XII, 5. (Omne, quod datur, aut ob rem datur, aut ob caussam; et ob rem, aut turpem, aut honestam; — ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est.») — L. 1. pr. D. *h. t.* — De condictionis nomine vid. *Schilling* Bemerk. über Röm. Rechtsgesch. p. 224. et *Huschke* Studien p. 288. — Obs. a) Dationi similem esse liberationem (L. 4. et 10. D. *h. t.* — L. 115. pr. D. *de reg. jur.*), neque vero solam promissionem (Arg. L. 115. § 1. D. *de reg. jur.* — Vid. *Glück* XIII. p. 12. — Atcf. infra § 384. Nr. II. 3.) Vid. et *Retes* l. l. c. I. nr. 3. — b) Dandi caussam ejusmodi esse debere, unde saltem ad reddendum obligetur accipiens. L. 3. § 7. D. *h. t.* L. 7. C. *eod.* — c) Nihil interesse, utrum plane non an non recte impleatur causa. L. 16. in f. D. *h. t.*

2) Vid. supra § 334. not. 6. 7. 12. ibiq. contextum. — Cf. *Waechter* l. l. c. VI.

3) L. 7. in f. L. 9. § 1. L. 10. D. *h. t.*

4) L. 1. § 1. L. 2. L. 13. D. *h. t.* — L. 65. § 3. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — Ac similis est causa L. 3. § 3. D. *de collat. bonor.* (XXXVII, 6.)

5) L. 12. D. *h. t.* — L. 35. § 3. D. *de mort. c. don.* (XXXIX, 6.)

6) L. 58. pr. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 14. D. *h. t.*

7) L. 3. pr. et § 1. D. L. 3. C. *h. t.*

8) Nam vid. supra § 334. context. ad not. 3. 4. et § 344. in f.

9) Vid. v. c. L. 2. C. *h. t.* — L. 2. C. *de his, quae sub modo relinquuntur.* (VI, 45.)

10) L. 23. § 3. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)

11) L. 11. § 6. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) (vid. supra § 341. in f.).

12) Vid. v. c. L. 1. § 1. D. *h. t.* et arg. L. 3. D. *de contr. emt.* — L. 7. § 1. D. et L. 1. C. *h. t.* — At plerumque locum non habet condictio, si non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est causa (L. 10. C. *h. t.*), et multo etiam minus, si ipsius dantis facto impeditum est, quo minus causa impleatur; L. 15. C. *de donationib. ante nupt.* (V, 3.) — Quam quidem regulam justo latius proferl *Waechter* l. l. § 3. in f. et cap. II. III.

13) Vid. L. 7. § 1. D. *h. t.* — L. 38. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.)

14) Nam cf. § 381. not. 7. et § 353. not. 4.

§ 384. D) *De condictione sine causa* (*).

Condictionis sine causa nomen generale est, omnes complectens condictiones, quibus id petitur, quod sine causa aliquis vel statim ab initio habuit, vel postea coepit habere [1]); unde nec mirandum, quare flat, ut etiam ad eas condictiones, de quibus modo expositum est, referatur hoc nomen [2]). At speciatim hoc vocabulo appellantur condictiones ejusmodi, quae propriis suis nominibus carent. Singularum autem causarum, in quibus specialis haecce s. c. condictio locum habet, duo genera discerni possunt: I) Alterum eas continens, quarum jam nulla ab initio est obligandi vis; unde hac actione petuntur 1) quae ex causis negotiisque lege prohibitis praestita sunt [3]), dummodo non turpiter egit, qui condictione uti velit (§ 383. not. 7.); 2) quae aliis ex causis, non simpliciter quidem prohibitis et puniendis, at alioquin ex publici juris ratione obligandi nullam vim habentibus, data promissave sunt [4]); praeterea 3) cum in negotii genere erratur [5]); tum vero 4) si quid ab eo praestitum est, cui dandi solvendique non est potestas [6]); aut 5) quod alii erat praestandum ad alium pervenit [7]); denique 6) cum ex delicti causa ei, qui non deliquit, aliquid quaesitum est [8]). II) Alterum est harum condictionum genus, quibus revocatur, quod datum promissumve [9]) est ex causa, quae quidem postea defuit, velut 1) cum rei amissae nomine ei aliquid praestitum est, qui postea rem ipsam recuperavit, ita, ut non sine iniquitate retenturus sit, quod accepit [10]); 2) cum chirographum datum, neque vero pecunia soluta est [11]); tum vero 3) cum post dissolutum nomen instrumentum a creditore retinetur [12]).

TIT. II. DE COMMODATO SIMILIQUE EJUS NEGOTIO.

Dig. (XIII, 6.) *commodati vel contra*. — Cod. (IV, 23.) *de commodato*.

§ 385. I. *Commodatum* (*).

Commodatum dicimus, cum res gratis datur certo modo utenda, hoc pacto,

c. 18. (in *Ottonis* thesaur. V. p. 974 sqq.). *Voet* ad *h. t.* § 4. 5.

§ 384.

(*) Dig. (XII, 7.) *de condictione sine causa*. — Cod. (IV. 9.) *de condictione* (ex lege et) *sine causa* (vel injusta causa).

1) L. 1. § 3. D. *h. t.* — Cf. *Gans* Obligationenrecht p. 15. 16. 28. 41 sqq. et *Rubo* üb. Theilbarkeit u. Untheilb. der Obl. p. 24. — Vid. et a) L. 10. in f. D. *de c. c. d. c. n. s.* (XII, 5.) — b) § 6. in f. I. *de obligationib.*, *quae quasi ex contr. nasc.* (cf. supra § 381. not. 7.).

2) L. 1. pr. § 1. 2. D. *h. t.* — L. 11. § 6. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) (vid. supra § 382. not. 11.).

3) L. 5. D. *h. t.* — L. 3. C. *de aleatorib.* (III, 43.) — L. 5. C. *de cond. ob caus. dator.* (IV, 6.) — Cf. quae de hac quaestione maxime ambigua §pho proxime superiori a nobis proposita sunt not. 12. ibiq. in contextu. Unde simul apparebit, regulam, quae vulgo ita tradi solet: *quoties quis sciens, se esse tutum exceptione, solverit, solutum repeti non posse* (propter L. 24. et L. 26. § 3. D. *de condict. indeb.*), minime esse generalem, sed iis tantum causis convenire, ubi non nisi propter solventis errorem locus est condictioni. Atque similiter discrimen, quod L. 19. pr. et L. 40. pr. *de condict. indebiti* proponitur (vid. § 381. not. 5.), ad eas tantum solutiones pertinet, quae errore fiunt.

4) L. 6. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.) (cf. L. 33. § 1. *eod.*). — L. 21. § 1. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — L. 18. C. *de usur.* (IV, 32.)

5) L. 18. D. *de R. C.* (XII, 1.)

6) § 2. I. *quib. alienare lic. vel non.* — L. 29. D. *de condict. indeb.* (XII, 6.)

7) L. 23. D. *de R. C.* (XII, 1.) — Cf. *Glück* Pand. XIII. p. 192 sq.

8) L. 24. § 1. L. 30. pr. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) (cf. *Glück* p. 194 sqq.)

9) L. 1. pr. § 1. 2. L. 3. D. *h. t.*

10) L. 2. D. *h. t.*

11) L. 4. C. *h. t.*

12) L. 2. D. *h. t.* — Cf. et infra § 386. not. 6.

§ 385.

(*) *Pothier*, Traité du prêt à usage. (opp. ed. *Dupin* p. 1—42.)

47

ut finito usu species data recipiatur [1]). His igitur legibus continetur commodatum: 1) Dari res possunt non solum mobiles, verum etiam immobiles [2]); at quae usu consumuntur non commodantur, nisi forte ostentationis causa res commodata accipiatur [3]). 2) Usus aut tempore aut genere definiendus [4]), praetereaque 3) gratis concedendus est [5]). 4) Commodatarius, quemadmodum justo modo uti re debet [6]), omneque damnum dolo ipsius vel culpa rei illatum reparare (not. 12.): sic etiam finito usu eandem restituere necesse habet [7]), praeterquam quod propter ea, quae ex eadem illa commodati causa ipsi sunt praestanda, donec ei satisfactum sit, retinere rem possit [8]). Quorum quidem omnium nomine directa commodati actione plerumque utetur, qui rem commodavit [9]). At vero 5) contraria commodati actione id consequetur, qui rem commodatam accepit, quod vel propter impensas in rem necessario factas [10]), vel propter commodantis dolum culpamve (not. 13.) ei abest [11]); ac praeterea etiam exceptione retentioneque efficiet, ut rei nomine, quam restituere nequit, cujusque pretium ipse resarcire necesse habet, commodans ei actionibus cedat, quae circa rem commodatam comparatae sunt domino [12]). 6) Culpam commodatarius quidem omnem, commodans vero latam tantummodo praestat [13]), nisi aut utriusque contrahentis causa, aut in solius commodantis utilitatem initus sit contractus, quo fit, ut aut uterque, aut is tantum, qui commodavit, diligentiam adhibere diligentis patrisfamilias necesse habeat [14]).

§ 386. II. *De precario* (*).

Precarium est, quod roganti alicui gratis conceditur utendum, tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patiatur [1]). Idque aut suis viribus constare, aut aliis

1) § 2. I. *quib. mod. re contr. obl.* (cf. supra § 343. Nr. I.).

2) L. 1. § 1. D. *h. t.* — Cf. et L. 17. pr. D. *de praescr. verb.* (XIX. 5.)—*Fr. Duareni* comment. in tit. Dig. commodati, c. II. (opp. p. 952. B.). — Cf. et supra § 344. not. 2. et 3.

3) L. 3. § 6. L. 4. D. *h. t.*

4) Arg. L. 12. pr. D. *de prec.* (XLIII, 26.) — Cf. et L. 5. § 12. L. 17. § 3. D. *h. t.*—Vid. et *Hoepfner* Comment. § 771. nr. 1.

5) § 2. I. *quib. m. re contr. obl.*—L. 5. § 12. D. *h. t.* — Caeterum in commodatum etiam convenit, quod de mandato dicitur L. 6. pr. D. *mandati.* (XVII, 1.)

6) L. 5. § 7. et 8. L. 10. pr. D. *h. t.* — § 6. et 7. I. *de obl., quae ex del. nasc.*

7) § 2. I. *quib. mod. re contr. obl.* — L. ult. C. *h. t.* (not. seq.).— L. 3. § 1. D. *h. t.*— L. 38. § 10. D. *de usur.* (XXII, 1.) (cf. supra § 228. nr. 2.). Sunt qui putent, dominum et nondum impleto tempore vel usu rem repetere posse, scil. ob proprii usus necessitatem, Arg. L. 3. C. *de loc.* (IV, 65.) [Cod. Nap. 1889.] Cui tamen contraria est L. 17. § 3. D. *h. t.* — Vid. et *Glück* Pand. XIII. § 855. nr. 2. p. 446 sqq.

8) L. 15. § 2. L. 59. D. *de furt.* (XLVII, 2.) (cf. et L. 18. § 2. D. *h. t.*). Neque contraria est L. ult. C. *h. t.* «Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur»; — quippe de debito intelligenda ejusmodi, quod non cohaereat cum ipsa petendi causa. Cf. supra § 136. not. 6. — At vero locum non habet hae in re L. 25. C. *loc.* (IV, 65.), utpote quae singulari jure constituta est. Dissent. *Weber* Beitr. zu der Lehre von Klagen u. Einreden St. II. III. nr. 14. — Cf. infra § 415. not. 15.

9) L. 17. § 3. D. *h. t.*—§ 2. I. *quib. m. re contr. obl.* et ibi *Vinnius* nr. 4. (cf. supra § 328.).—Vid. et L. 5. § 8. *h. t.* (not. 6.).

10) L. 18. § 2. D. *h. t.* — L. 15. § 2. L. 59. D. *de furt.* (XLVII, 2.)

11) L. 17. § 1. et 3. in f. — L. 18. § 3. et 4. D. *h. t.*

12) L. 12. D. *de re jud.* (cf. *Auctoris* Cession § 57. nr. III, 5. p. 402 sq.).—L. 17. § 5. D. *h. t.* — L. 13. pr. *eod.*

13) L. 5. § 2. in f. D. *h. t.* (§ 354. not. 8. et § 355. not. 5.). — L. 5. § 5. 9. L. 17. § 3. in f. — L. 18. pr. (cf. § 2. I. *quib. m. re ctr. obl.*) et § 3. L. 22. D. *h. t.*—L. 14. § 15. 16. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 5. § 4. D. *h. t.* « — si incendio vel ruina aliquid contigit, vel damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, *cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit.*» Vid. *Glück* Pand. XIII. p. 438—441.

14) L. 18. pr. *verb.*: «At si utriusque» *rel.*— L. 5. § 10. L. 10. § 1. L. 12. pr. D. *h. t.*

§ 386.

(*) Dig. (XLIII, 26.) et Cod. (VIII, 9.) *de precario.*—*A. C. Stockmanni* (Pr. *Ravio*) D. de precario. Lips. 1774.—*Savigny* d. Recht des Besitzes § 42.

1) L. 1. D. *h. t.* — L. 2. § 3. *eod.* — Vid. et a) *Pauli* sent. rec. V, 6. § 11.—b) L. 4. § 4. D. *h. t.*

potest adjici negotiis [2]). Cum autem certis negotiorum formis haud contineretur precarium, adeoque nec actio illius nomine esset [3]), nisi si de restituenda re nominatim esset cautum [4]), primum Praetores instituerunt, ut interdicto uti liceret precario danti eique rem recipere volenti adversus accipientem heredesve ejus [5]). Postea Prudentum interpretatione etiam praescriptis verbis actio, similis illa commodati actionis, addita est, quae quidem et incerti condictio vocatur [6]). Omnino autem lata tantummodo culpa praestanda est ab eo, qui precario accepit [7]), scilicet antequam redditum sit interdictum vel actio [8]). Caeterum cum tempus, quo quidem res repeti nequeat, adjicitur precariae concessioni, e nostris quidem moribus instar est commodati negotium aestimandum [9]).

TIT. III. DE DEPOSITO.

Dig. (XVI, 3.). Cod. (IV, 34.) *depositi vel contra* — *Jac. van Assendelft* D. de deposito. Lugd. Bat. 1752.—*Pothier*, Traité du contrat de dépôt. (Opp. ed. *Dupin*. T. IV. p. 149—206.)

587. I. *Depositi forma consueta.*

Depositum nos quidem intelligimus [1]) contractum, quo res mobilis ea lege traditur, ut gratis eam accipiens custodiat et quandocunque repetenti restituat [2]). Igitur 1) res, quae hac lege tradatur, ex mobilium genere esse debet [3]). 2) Depositarii obligatio eo continetur, primum, ut rem custodiat [4]) damnumque dolo vel lata culpa datum resarciat [5]); deinde, ut deponenti eam, quandocunque hic voluerit, sine cessatione reddat [6]), hoc pacto, ut nec propter ea, quae vi-

2) Cf. L. 20. D. *h. t.* — *Gaji* inst. II. § 60. — Interpret. ad *Paulli* sent. rec. V, 6. § 7. et *Savigny* l. l. in f.

3) L. 14. D. *h. t.*

4) Cf. L. 15. § 3. D. *h. t.*

5) L. 2. D. *h. t.* — Cf. supra § 244. not. 14—17. et ibi context.

6) L. 19. § 2. D. *h. t.*—Cf. L. 1. § 3. *eod.* et *Savigny* Besitz § 12. a. nr. 3. (p. 179 sq. ed. V.) § 42. (p. 501. not. 1. et p. 513 sqq.)

7) L. 8. § 3. D. *h. t.* — Vid. *Hasse* Culpa § 96. nr. 1. — Cf. et *Weber* ad *Hoepfner* § 771. not. 1.

8) L. 23. § 6. D. *h. t.* — L. 14. § 11. D. *de furt.* (XLVII, 2.)

9) Cf. supra § 342. ad not. 9. et *Thibaut* Pand. § 898. nr. C.

§ 387.

1) Nam juris nostri auctores ipsam rem depositam hoc nomine appellant L. 1. pr. D. *h. t.*

2) Cf. L. 1. § 8. 9. D. *h. t.* Observ. a) Depositi velut pretium, quod non quasi merces, sed remunerandi animo sponte datur, non mutat depositi obligationem (Arg. L. 2. § 24. D. *de vi bon. rapt.* (XLVII, 2.).— b) Depositi naturam non habet, si quid alia ex obligationis causa custodiendum est, siquidem initium contractus semper est spectandum. L. 8. pr. D. *mandati.* (XVII, 1.)

3) Vid. *C. G. Weidlich* D. de custodia rei alienae immobilis non deposito, sed mandato. Lips. 1732. — *Glück* Pand. XV. § 839. Dissent. cum aliis *Hoepfner* Comment. § 779.

4) Obs. a) Custodiae vocabulum hoc in loco non proprie esse accipiendum, sed vulgari loquendi usu (vid. § 352. not. 12. 13.). — b) Quodsi invito domino re utatur depositarius, furtum fieri, § 6. I. *de obl., quae ex del. nasc.*

5) § 3. I. *quib. mod. re contr. obl.* — L. 1. § 1. et 8. D. *h. t.* — L. 5. § 2. D. *commodati.* (XIII, 6.) (cf. § 353. not. 5.)—L. 1. § ult. D. *h. t.*—Exceptiones vid. L. 1. § 6. L. 33. D. L. 1. C. *h. t.* (cf. item § 353. not. 5. in f.). — Caeterum Aquilia culpa utique est a depositario, tamquam ab extraneo praestanda. L. 42. D. *ad Leg. Aquil.* (IX, 2.) (vid. § 353. not. 1—3.). Quae vero de culpae in deposito praestandae obligatione nuper in medium protulit *Kritzius* (über die Culpa nach röm. Rechte § 12. 13. S. 71 — 95.), eo omnia redeunt: fieri etiam posse, ut, praeter rei custodiam, alia quoque circa rem depositam demandentur ei, qui illam acceperit. Quo tamen facto, non amplius in depositi finibus versatur res, sed utique in aliud transfertur negotium, ut aut mandati, aut locati, aut praescriptis verbis actione conveniendus sit ille, cui tradita res est. Cf. L. 1. § 8—14. D. *h. t.*—Vid. et L. 17. § 2. in f. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) (« — — si vero mei dumtaxat causa datum est, *dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.* »)

6) L. 1. § 22. et 39. D. *h. t.*—L. 1. § 45. 46. *eod.*

cissim illi praestanda sint, retinere rem possit[7]), nec exceptio illa : jus nullum deponenti esse in re deposita, vim habeat removendae actionis[8]). Fieri autem ibi plerumque debet restitutio, ubi sine dolo malo ejus est, apud quem deponitur[9]). 3) Juris sui persequendi gratia directa depositi actio deponenti[10]) comparata est, qua petitur, ut statim res restituatur cum omni causa damnumque lata culpa datum pensetur[11]). Quodsi cista obsignata aliove modo occlusa traditur, etiam de singulis rebus, quae illa contineantur, depositi agi potest[12]). Pluribus, qui quidem rem communem camque dividuam deposuerunt, pro rata cujusque parte depositi actio datur[13]); contra vero adversus plures depositarios in solidum actio locum habet[14]), at heredes depositarii non nisi pro hereditaria parte conveniendi sunt[15]). Caeterum ut perfidiae depositariorum occurratur, variis modis provisum est. Condemnatum enim infamia sequitur[16]), tum etiam post judicium acceptum omne rei periculum suscipere oportet[17]). Praeterea propter infitiationem in *miserabilis depositi*, ut vocant, causa, dupli condemnatur depositarius[18]); quae quidem poena adversus heredes ipsius locum non habet[19]). 4) Depositarius, quae propter impensas in rem factas, tum ob damnum quavis deponentis culpa illatum ipsi praestanda sunt, depositi actione contraria repetit[20]).

§ 388. II. *De irregulari, ut vocant, deposito* (*).

Irregulare vocamus depositum, cum res ex fungibilium genere ita dantur, ut in eodem genere, at ex lege depositi, restitutio fiat[1]). Quae negotii forma idcirco, ut videtur, introducta, quo faciliores essent expeditioresque pecuniarum versurae : siquidem, quod ita datum erat, et depositi actione, et una cum usuris repeti posset (not. 1.), ad similia non est porrigenda[2]). Quodsi id tandummodo, ut

7) L. 11. C. *h. t.*—Caeterum sunt, qui nobiscum non consentiant. Vid. omnino de hocce argum. *Glück* Pand. XV. p. 191 — 204. Add. *Assendelft* l. l. c. IV. —*Marezoll* in Zeitschr. für. Civilrecht u. Proc. III. p. 285 sq. (nr. 3.)

8) L. 31. § 1. D. *h. t.* (vid. *Chr. Ravli* exerc. ad h. l. Lips. 1775.). — L. 11. C. *eod.* — Nov. 88. c. 1. — At vero audiendus est depositarius, qui statim liquidisque probationibus ad se pertinere dominium probare velit. Arg. L. 15. et L. 31. § 1. D. *h. t.*

9) Cf. L. 12. pr. et § 1. D. *h. t.*

10) De eo, cujus res ab alio depositae sunt, vid. L. 1. § 11. D. *h. t.* — L. 16. *eod.* — L. 8. C. *ad exhib.* (III, 42.)— *Paulli* sent. rec. in LL. Mosaic. et Rom coll. Tit. 10. § 7. — Cf. *C. Rau* de act. depositi adv. tert. possessor. Lips. 1775.—*Glück* Pand. XV. p. 219 — 223. — *Auctoris* Cession p. 97 sq. (ed. 2.). — Aliam quaestionem tractat L. 8. C. *h. t.*

11) L. 1. § 1. D. *h. t.* («Praetor ait : quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum est, in simplum — judicium dabo.») — L. 1. § 40. *eod.* — a) De causa rei vid. L. 1. § 24. D. *h. t.* — L. 38. § 10. in f. D. *de usur.* (XXII, 1.)—L. 2— 4. C. *h. t.* (cf. § 228 nr. 2. not. 14.). — Caeterum quae in accessionibus sunt rei, quamvis et ipsa restituenda sunt, proprie tamen non videntur esse deposita. L. 1. § 5. D. *h. t.* Vid. *Noodt* ad Pandect. h. t. opp. T. II. p. 292. A. — b) De damnis culpa datis L. 1. § 16. 21. D. *h. t.* (cf. not. 5.).

12) L. 1. § 41. D. *h. t.*—*Glück* Pand. XV. p. 186 — 188.

13) L. 1. § 44. D. *h. t.*—Cf. L. 17. pr. *eod.*

14) L. 1. § 43. — Cf. infra § 491. not. 11. et *Ribbentrop* zur Lehre von der Correalobligation. § 19. 20.

15) L. 7. § 1. L. 9. 10. D. *h. t.*

16) § 2. I. *de poena temere litigantium* (vid. supra Vol. I. § 142. nr. 4.).

17) L. 12. § 3. D. *h. t.* (cf. supra § 371 in f.).

18) L. 1. § 1—4. D. *h. t.* — § 26. I. *de act.* — Cf. *Glück* Pand. XV. § 945. p. 208 sqq.

19) L. 18. D. *h. t.*

20) L. 5. pr. L. 23. D. *h. t.* — Cf. supra § 353. not. 5.

§ 388.

(*) *D. Nettelbladt* comm. de deposito irregulari. Hal. 1750. — *Hartung* (Pr. *R. C. Heune*) de eod. arg. Erf. 1753. — *Ge. Oelrichs* de indole depositi notissimos terminos suos egrediente. Goett. 1777.

1) L. 24. D. *h. t.* — (Cf. *Cujacius* ad Lib. IX. Quaest. Papiniani—opp. post. ed. Paris. T. I. p. 215 sqq.) — L. 25. § 1. *eod.* — L. 26. § 1. D. *eod.*

2) Cf. *Glück* Pand. XV. § 940. p. 169 sq. nr. b.

rebus depositis, iisque fungibilibus, uti liceret depositario, aut in ipsa rerum depositione convenit, aut postea precibus ejus concessum est, tum, ex quo vel uti ille coepit vel preces adhibuit, in mutui causam transmutatur depositum [5]).

§389.III. *De sequestratione* (*).

Sequestratio plerumque est rei depositio [1]), quae aut servandi juris aut judicati exsequendi causa fit [2]). Eamque dividunt in voluntariam et necessariam, i. e. eam, quae a judice etiam invitis iis fit, quorum res agitur [3]). Quae quemadmodum non nisi ob periculum amissionis imminens fieri debet [4]): sic etiam prorsus cessat in pecuniae petitionibus [5]). Jam vero plerumque sequestrum depositi habet naturam, actionem adversus sequestrem efficiens *depositi sequestrariam* [6]);. qua quidem is utetur, ad quem rei repetitio quandoque pertineat. Caeterum pactis adjectis fieri potest, ut in alius negotii formam transeat sequestrum, velut in mandatum, vel locationem et conductionem [7]).

TIT. IV. DE PIGNORIS DATIONE.

Dig. (XIII, 7.) et Cod. (IV, 24.) *de pigneratitia actione.* — *J. A. Baartmans* de pigner. act. Lugd. Bat. 1752. — *Pothier*, Traité du contrat de nantissement. (Opp. ed. *Dupin.* T. VIII. p. 602—628.)

§ 390.

Cum de jure pignorum et hypothecarum superiore libro satis fuse egerimus (§ 303 sqq.), jam nihil nobis superest, quam ut pauca de eo contractus genere, qui pignoris datione contrahitur, hoc in loco adjiciamus. Igitur pignore dando re contrahitur obligatio (§ 343. nr. I.), hoc pacto, ut, soluta obligatione principali, creditor ad rem, quam accepit, cum omni causa restituendam, damnumque levi culpa datum resarciendum obligetur [1]). Quo quidem nomine pigneratitia actio directa comparata est ei, qui dedit [2]). Contra vero adversus eum, qui pignori

5) a) L. 10. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) — L. 1. § 34. D. *h. t.* — b) L. 9. § 9. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) — L. 34. pr. D. *mandati.* (XVII, 1.)

§ 389.

(*) *A. F. Trendelenburg* de sequestratione curatius definienda. Buetzov. 1765. — *Goenner* Handb. des deutschen gem. Proc. IV. Nr. LXXX. — *Pothier*, traité du contrat de dépôt. Nr. 84—99.

1) Rarius etiam personarum sequestratio fieri potest; L. 3. § 6. D. *de liber. exhib.* (XLIII, 30.) — c. 14. X. *de sponsal.* (IV, 1.) c. 8. X. *de rest. spoliat.* (II, 13.)

2) Cf. L. 110. D. *de V. S.* — L. 6. L. 17. D. *h. t.* (cf. supra § 237. not. 7. ad eandemq. contextum. Add. *Glück* Pand. XV. p. 145. not. 2.) — Sunt qui sequestrum definiant rei litigiosae depositum [cf. Cod. Nap. 1956 sqq.]; parum recte, ut mihi quidem videtur. Nam nec litigiosa sit ipsa res necesse est, quae sequestro committatur (vid. *Goenner* l. l. § 10. 11.), nec omnino est sequestrationis necessaria conditio, ut judicio de aliqua re inter partes certetur.

3) Cf. L. 7. in f. D. *qui satisd. cog.* (II. 8.) — L. 5. in f. D. *h. t.* — L. 22. § 8. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.)

4) Exempla vid. cum iis in locis, qui modo (not. 1. et 2.) nominati sunt, tum vero sequentibus: L. 21. in f. D. *de appellat.* (XLIX, 1.) — L. 5. C. *quor. appell. non recip.* (VII, 65.) — c. 2. X. *de sequestr. possess. et fructuum.* (II, 17.)

5) L. un. C. *de prohibita sequestr. pecun.* (IV, 4.)

6) L. 5. § 1. L. 12. § 2. C. *h. t.* — Cf. not. 2. et L. 5. C. *h. t.*

7) Vid. *Glück* Pand. XV. p. 235. in f. et p. seq. — Cf. et L. 9. § 3. C. *de dolo malo.* (IV, 3.)

§ 390.

1) § ult. I. *quib. mod. re contr. obl.* — L. 9. § 3 — 5. L. 33. L. 40. § 2. D. *h. t.* — L. 22. § 2. D. *eod.* — L. 16. § 4. D. *de pignorib.* (XX, 1.) — L. 1 — 3. C. *h. t.* — L. 22. § 1. D. *eod.* — L. 6. § 1. L. 7. *eod.* — L. 13. § 1. L. 14. D. L. 5. 7. et 8. C. *h. t.* et supra § 334. not. 8. in f. — Caeter. de peculiari pignoris jure vid. § 303. not. 8. § 320. § 321. nr. II.

2) L. 9. § 3 — 5. L. 11. C. *h. t.* — Observ. a) pi-

rem dedit, contraria actione pigneratitia creditor utitur [3], cum ad rem ipsam obtinendam, quae post contractum pignus remanserit apud debitorem, tum ad ea repetenda, quae vicissim ipsi praestanda sunt, aut propter impensas, vel necessario vel utiliter in rem factas [4], aut propterea, quod res aliena aliive obligata pignori data [5], vel alioquin dolo actum sit in pignore dando [6], denique damni nomine, quod culpa, itemque levi, dantis illatum est creditori [7].

CAPUT V.

DE CONVENTIONIBUS VICISSIM OBLIGATORIIS, QUAE RERUM ALIENANDARUM CAUSA FIUNT, S. DE EMTIONIBUS ET PERMUTATIONIBUS.

TIT. I. DE EMTIONE ET VENDITIONE.

Inst. (III, 23[24]) *de emtione et venditione.*—Dig. (XVIII, 1.) *de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire possunt.* — Cod. (IV, 38.) *de contr. emt. et vend.*—*Jo. Seb. Marcus* C. de emt. et vend. Lugd. Bat. 1752.— *Pothier,* Traité du contrat de vente. (Opp. ed. *Dupin*, t. II. p. 1—287.)— *E. C. Westphal* Lehre des gem. Rechts vom Kauf-, Pacht-, Mieth-u. Erbzinscontract, der Cession, auch der Gewähr d. Eigenthums u. der Mängel (Leipz. 1789. et 1807.) p. 3—496.—*Blondeau*, Thèses de la vente. Paris. 1819. p. 1—48.

§ 391. *Emtionis venditionis* 1) *notio et conditiones necessariae* A) *generatim proponuntur.*

Emtio venditio est contractus consensu constans, quo id agitur, ut res commutetur cum certo pretio [1]. Necessaria igitur in emtione et venditione haec sunt: 1) Res, quae alienetur, i. e. ab altero in alterius patrimonium transferatur. Igitur emtio esse potest non solum dominii, verum et emphyteutici juris, et superficierum, et ususfructus aliarumque servitutum [1a]; at, cum id inter partes convenit, ut res alienae, utilitatis ex iis percipiendae gratia, factaque alii praestentur, locatio conductio contracta esse videtur, non emtio venditio [2]. 2) Alterum est pretium, quod necessarium esse diximus in emtionibus; idque et numerata pecunia plerumque debet constare (§ 393.), et in universum juris translati

gneratitiae actioni locum esse, etsi nulla contracta sit principalis obligatio, L. 11. § 2. D. *h. t.* — h) Praescribi pigneratitiae actioni, ex quo repeti res pignori data possit, L. 9. § 3. et 5. D. *h. t.* — *C. F. Voigt* (Pr. *J. M. Martini*) D. de praescriptione actionis pignoratitiae directae. Rost. 1794.— At quaeritur, utrum omnino praescribi possit huic actioni, propter L. 10. et 12. C. *h. t.*—Sed vid. *Voigt* l. l. § VIII. p. 32 sqq. et *Glück* Pand. XIV. p. 169 sqq. — Caeterum c) adversus tertium rei possessorem locum non habet haec actio, quippe quae ex mera obligatione descendat: Arg. L. 13. pr. D. *h. t.* — *C. N. Schlichtkrull* (resp. *Warnekros*) an actio pignoratitia directa contra tertium possessorem institui queat? Gryph. 1777.- *G. P. G. Fresenius* de pigneratitia actione adversus tertium rei oppignoratae possessorem non competente. Heidelb 1818. — Cf. *Glück* Pand. XIV. p. 156—168.

3) L. 22. § 3. D. *h. t.* (cf. *Hotomani* obs. V, 12.). — § 4. I. *quib. m. re contr. obl.* — At eo, quo utimur, jure etiam ex pacto de pignore dando agere poterit creditor, scil. ut res ei tradatur (§ 342. ad not. 9.).

4) L. 8. pr. et § 5. L. 25. D. *h. t.* (cf. § 304 not. 10.).

5) L. 9. pr. L. 16. § 1. L. 32. L. 36. § 1. D. *h. t.*

6) L. 1. § 2. L. 31. L. 36. pr. D. *h. t.*

7) § ult. I. *quib. m. re contr. obl.*

§ 391.

1) Pr. et § 1. I. *h. t.* — L. 1. § 2. L. 2. § 1. D. *eod.* (cf. L. 19. D. *de a. e. v.*) XIX, 1.). — *Marcus* l. i. c. I.

1a) At vid. § 120. init. — Caet. cf. § 305. not. 8.

2) L. 65. D. *h. t.* — Cf. *Struben* rechtl. Bed. V. or. 98.—*Weber* ad *Hoepfner* § 883. not. 1.—Vid. et not. seq. et infra § 417.

compensandi causa detur necesse est, non pro singulis temporum spatiis, quibus utilitates rerum percipiantur [3]; quod tamen non impedit, quo minus ita contrahatur emtio venditio, ut singulis temporibus ab emtore aliquid praestandum sit venditori ejusque successoribus, in dominii directi, ut ajunt, recognitionem [4].

§ 392. B) *Singulatim* 1) *de rebus, quae subjiciantur emtioni.*

Jam vero « omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit », dummodo earum sit commercium [1]: exceptis rebus litigiosis(§ 333. nr. 5.), tum etiam fructibus, qui adhuc exstant in herbis, quorum quidem venditio fieri nequit, nisi pro pretio, quod vel venditionis contractae tempore habeant, vel intra quatuordecim dies post messem factam habituri sint[2]. Caeteroquin etiam incertae rei emtio recte contrahitur, idque dupliciter [3]. Nam 1) aut quasi alea res emitur, velut cum captum piscium, vel avium, vel missilium emimus, quam quidem vocant spei simplicis emtionem; cujus haec est vis, ut, etiamsi nihil appareat, tamen emtor obligetur [4], qui quidem et ipse adversus venditorem, vel dolo malo agentem, vel id impedientem, ne res nascantur vel inveniantur, ad damnum datum reparandum agere potest [5]. Aut 2) ita contrahitur, ut, nisi quandoque res adsit, nullum habitura sit exitum emtio venditio [6]; vocant rei speratae emtionem. Atque hoc modo incertarum rerum emtionem esse contractam, cum de eo ambigitur, quid inter partes sit actum, ideo existimandum est, quod nullam esse venditionem sine re, quae venierit, universim praecipiatur [7]. Ab utroque etiam differt rerum fungibilium ex certis praediis praestandarum emtio; vocant censuum emtionem(*Renten-Gültenkauf*)[8]. Praeterea et rerum universitas vendi potest; quae quidem, nisi singulis rebus separatim constituantur pretia, *aversione* facta venditio a juris nostri auctoribus dicitur[9]. Rei quoque alienae, i. e. ejus, quam is, qui dominus est, nec domini voluntate alienat, recte contrahitur venditio [10], licet ejusmodi venditiones non semper eandem habeant vim atque effectum [11]. Quodsi enim uterque contrahentium

3) Vid. *Gaji* Inst. III. § 145. — *Voet* ad Pand. tit. loc. cond. § 1. (Caeter. cf. § 3. I. *de loc. et cond.*— L. 1. § 1. et 3. D. *de superficieb.* (XLIII, 18.)

4) Vid. v. c. L. 4. et L. 12. C. *de fund. patrim.* (XI, 61) et arg. L. 10. *eod.* — *Thibaut* civ. Abh. p. 274.

§ 392.

1) L. 34. § 1. D. *h. t.* — L. 6. pr. L. 32. § 2. *eod.* (cf. et § 213.)

2) Ordin. Pol. Imp. de 1577. Tit. 19. § 3. — *A. F. Reimers* (Pr. *J. G. Heineccio*) de venditione illicita fructuum in herbis. Hal. 1738. — Secus erat Romanorum jure. L. 8. pr. L. 39. § 1. L. 78. § 3. D. *h. t.* — *Reimers* s. *Heinecc.* l. l. § 13.

3) Vid. de toto hocce argumento *Glück* Pand. IV. § 300. p. 192 — 200. et qui ibi laudantur scriptores.

4) L. 8. § 1. D. *h. t.* — L. 11. in f. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 10. 11. D. *de her. v. act. vend.* (XVIII, 4.)

5) L. 8. pr. L. 12. D. *de a. e. v.* — L. 12. D. *de her. v. act. vend.*

6) L. 8. pr. D. *h. t.* — L. 7. 8. D. *de her. v. act. vend.*

7) L. 8. pr. D. *h. t.* et L. 7. D. *de her. v. act. vend.* — Cf. *Noodt.* ad Dig. tit. de contr. emt. § *Igitur.*

8) L. ult. § 1. D. *h. t.* — Vid. *J. H. Boehmer* J. E. Pr. Lib. V. Tit. 19. § 47 — 69. — Caeterum censuum venditionis, qualenus quidem recedit a communi emtionis venditionis jure, partim e patrio, partim e canonico jure omnis repetenda est auctoritas; quare non est, quod de illa in Pandectarum doctrina exponatur. Vid. supra § 27. et *Wening* Lehrb. d. gem. Civ. R. Bd. II. § 151 sqq. — Dissent. *Heise* Grundr. (ed. 3.) p. 90. not. 6.

9) L. 62. § 2. D. *h. t.* — L. 4. § 1. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) — Variorum de vocabuli notatione atque origine opiniones vid. apud *Brisson.* h. v. et *Glück* Pand. XVI. p. 83. 84. not. 51. At omnium optime, ut nobis quidem videtur, rem explicat *Fr. Hotomanus* comment. verbor. jur. h. v. («Puto non ab *avertendo* deductum vocabulum, sed ab *averrendo*: quasi cum omnia simul et universe tamquam per everriculum averruntur.»)

10) L. 28. D. *h. t.* (§ 353. nr. 2.).

11) Varias distinctiones, quibus hanc explicare quaestionem conati sunt JCti, collegerunt *Hoepfner* Comment. § 866. 867. et *Glück* Pand. XVI. p. 53—57. Vid. et not. seqq. [Cod. Nap. 1599.]

dolo malo egit, nullius est momenti, quod actum est [12]); sin aut uterque aut saltem emtor ignorat, alienam esse rem, tum usucapiendi conditio nascitur, tum vero, qui emit, ex emto aut aget in id, quod ejus intersit, emtionem esse factam[13]), aut excipiet adversus venditorem ejusque successores, rem vindicare volentes [14]). Suae autem ipsius rei emtio frustra plerumque contrahitur, hoc pacto, ut pretium, ab ignorante emtore solutum, cum nulla sit venditio, condici possit [15]); at vero id fieri potest, ut jura aliquis sibi redimat, quibus ipsius dominium ab alio circumscribitur [16]).

§ 393. 2) *De pretio in emtione et venditione.*

Pretium igitur in pecunia numerata consistat necesse est [1]). Quemadmodum autem contractus emtionis venditionis eo non perimitur, quod postea de aliis rebus in solutum dandis convenit [2]) : sic ne id quidem nocet contractui, emtorem praeter pecuniae praestandae obligationem alia etiam emtionis contractae nomine suscepisse officia [3]). Praeterea haec etiam requiruntur in pretio : ut verum sit, ut justum, ut certum. Et quae de veritate praecipiuntur pretii, eo spectant, ut simulatio absit pretii ab emtione venditione [4]). Justum est pretium, cum ita constituitur, ut ne nimia appareat inter pretium ac mercem inaequalitas; de quo quidem plura dicendum infra (§ 408.). Certum adest pretium, cum quid quantumve praestandum sit neque a mero casu neque ab emtioris arbitrio pendet [5]). Nec igitur officiet emtioni, aut acervum numorum, sc. numero non definitorum, esse in pretio [6]), aut sese accommodasse contrahentes ad alius emtionis conditiones [7]), aut extranei commisisse arbitrio pretii definitionem. Qui si nolit arbitri officium suscipere, pro nulla habenda est emtio [8]).

§ 394. II) *De personis ementium et vendentium.*

Emtionem et venditionem contrahere possunt, quicunque ex conventionibus obligantur. Sunt tamen, qui a certarum rerum emtionibus prohibeantur. Quorum in numero inprimis habentur, qui officio publico funguntur in provincia ibi-

12) L. 34. § 3. D. *h. t.* «Item si et emtor et venditor scit, furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si emtor solus scit, non obligabitur venditor : nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet. Quodsi venditor scit, emtor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur; et ita Pomponius quoque scribit.» — Cf. et L. 57. in f. *eod.*

13) L. 34. § 3. in f. D. *h. t.* — L. 30. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

14) Cf. supra § 270. not. 2.

15) L. 16. pr. D. *h. t.* (cf. § 333. not. 15.).

16) Cf. L. 34. § 4. D. *h. t.* et alios locos, qui supra excitantur § 333. not. 13.

§ 393.

1) § 2. I. *h. t.* — Cf. L. 1. pr. et § 1. D. *h. t.* — *Gaji* inst. III. § 141.

2) L. 9. C. *de resc. vend.* (IV, 44.) — L. 40. C. *de evictionib.* (VIII, 45.)

3) L. 6. § 1. et 2. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 79. D. *h. t.* — Diversas JCtorum hac de re opiniones et distinctiones tradidit *Glück* Pand. XVI. p. 68 sq.

4) L. 36. D. L. 3. et 9. C. *h. t.* — Cf. L. 46. D. *loc.* (XIX. 2.) — Caeter. vid. L. 38. D. *h. t.* — Cf. *J. F. de Retes* Lib. I miscellaneor. c. 18. (*Meerm.* VI. p. 62 sq.) — *G. J. Oeltze* — an in venditione gratiosa jus protimiseos locum habeat? Jen. 1767.

5) L. 35. § 1. D. *h. t.* — L. 13. C. *eod.*

6) L. 7. § 1. D. *h. t.* — Neque contraria est L. ult. D. *de c. c. d. c. n. s.* (XII, 4.), quippe quae ad Romanorum doctrinam de contractibus vulgari actionum formula carentibus referenda sit (§ 344. Vid. *Waechter* de cond. causa data causa non secuta § 8. 9.). Nec itaque est, quod discrimen statuamus inter pecuniam in folle atque eam, quae in arca posita sit, ut quidem fieri solet ab interpretibus. Vid. v. c. *Hoepfner* Comment. § 568.

7) L. 7. § 1. et 2. L. 37. D. *h. t.*

8) § 1. I. *h. t.* — L. ult. C. *eod.* — Vid. *Noodt* ad Pandect. tit. de contr. emt. §§. *Oportet ergo* sqq. (opp. T. II. p. 306 — 308.). — (Vid. *Gaji* inst. III. § 140. — *Dirksen* Beiträge z. Kunde d. R. R. p. 78 — 81. nr. A.). — Cf. et supra Vol. I. § 130. not. 5.

que militant, qui quidem a praediorum comparatione in ea provincia, aliarumve rerum, nisi quae victui qnotidiano inserviant, fere removentur [1]). Praeterea non licet, ex officio, quod quis administrat, vel per se vel per interpositam personam, aliquid emere [2]). Atque ex nonnullorum interpretatione et medici res emere prohibentur ab aegrotis, quos curandos susceperunt [3]). Nobilibus autem ditioribusque, tum etiam militibus et clericis, negotiatio interdicta est, atque inprimis mercatura illa tenuis, quae inter plebejos homines solet exerceri [4]). Neque vero id prorsus est silentio praetermittendum hoc in loco, nonnumquam salutis publicae, tum regionis libertatisque tuendae causa, ad res suas vendendas cogi homines [5]).

§ 395. III) *De emtionis et venditionis forma.*

Nulla fere est juris solennitas emtioni venditioni adhibenda (not 1.), nisi de qua inter contrahentes convenit (§ 331. not. 4.). Solo igitur consensu perficitur emtio venditio, sive ore sive scriptis declaratus sit, et inter absentes per literas vel per nuntium [1]), tacite etiam [2]). At nonnullis in causis subhastatio necessaria est auctiove [3]), ut in pignoribus distrahendis, quae judicati exsequendi causa capta sunt [4]), ut in bonis divendendis, quae ad debitores pertinent fisci [5]), vel ad civitates, ad ecclesias, omninoque ad pia corpora [6]). Vis autem subhastationum ex communi emtionum jure fere aestimanda est [7]), praeterquam, quod illa venditionis forma sine pignorum onere res transfertur [7a]), tum etiam, si plures licitationum dies praefiniti sunt, donec ad ultimum perventum est, plus licitanti cum tacito in diem addictionis pacto res acquisita esse videtur [8]).

§ 394.

1) L. 62. pr. D. *h. t.* (« — — praeterquam si paterna ejus a fisco distrahantur. ») — L. 6. in f. D. *de offic. Procons.* (I, 16.) — L. 9. pr. D. *de re milit.* (XLIX, 16.) — Cf. *Cujacii* obs. XVI, 13.

2) L. 46. D. *h. t.* — De tutoribus, curatoribus, iis denique, qui res alienas administrant, pupillorum bona vel adolescentium, omninoque eorum, quorum res administrant, ementibus, vid. L. 34. § 7. D. *h. t.* — L. 5. § 2—6. L. 6. D. *de auctor. tut.* (XXVI, 8.) — L. 5. C. *h. t.* — Cf. *Noodt* ad h. t. Dig. § *Sit etiam hujus.*

3) Hoc enim sensu accipiunt L. 3. D. *de extraord. cognit.* (« Si medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum Praeses provinciae coërceat, remque restitui jubeat »), L. 13 et L. 9. C. *de professorib. et med.* (X, 52.) (« — Quos [archiatros] etiam ea patimur accipere, quae sani offeruot pro obsequiis, non ea, quae periclitantes pro salute promittuot. ») At vid. quae contra scripserunt *Leyser* med. ad Pand. Sp. 189. m. 10. — *Weber* nat. Verb. § 64 in f. et not. 11. et *Kaemmerer* in dem neuen Archiv f. die Rechtsgel. in d. Grossherz. Mecklenburg, herausgeg. v. *Nettelbladt* u. *Wachenhusen.* I. (Rost. 1818.) p. 146—177.

4) L. 3. C. *de commerc.* (IV, 63.) — L. un. C. *negotiatores ne militent.* (XII, 35.) — c. 15. et 16. *de vita et honestate clericor.* III, 1. (Quod quidem praeceptum ab omnibus negotiis civilibus commerciisque secularibus prohibet clericos.)

5) L. 14. § 1. D. *quemadm. serv. amitt.* (VIII, 6.) — L. 7. pr. L. 12. pr. D. *de relig.* (XI, 7.) (cf. supra § 248. et § 292. not. 1.). § ult. I. *de donat.*

§ 395.

1) L. 1. § 2. L. 2. § 1. D. *h. t.* — L. 9. C. *si quis alteri vel sibi.* (IV, 50.)

2) L. 12. in f. D. *de evict.* (XXI, 2.)

3) Utraque est venditio, quae publica auctoritate fit, atque ita ut plus licitanti res adjudicetur; est autem subhastatio rerum immobilium, auctio rerum mobilium. — Cf. L. 2. § 8. 9. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — *Glück* Pand. XVI. § 974. in f. p. 31.

4) L. 2. et 3. C. *de execut. rei jud.* (VII, 53.) (§ 318. not. 7.).

5) L. 1. 2. 6. C. *de fide et jure hastae fiscalis.* (X, 3.)

6) L. 3. C. *de vend. reb. civil.* (XI, 31.) Coll. cum L. 3. C. *de locat. praedior. civil.* (XI, 70.) — Nov. 120. c. 6. § 2. — Cf. *Leyser* Sp. 344. m. 4. « Ut praedium pupillare sub hasta vendatur, necessarium non est. » — Dissent. *Hofacker* pr. jur. civ. R. Germ. § 1900. nr. II. A. 1.

7) Cf. et *Spangenberg* in Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess. V. diss. IX.

7a) L. 6. C. *de remiss. pignor.* (VIII, 26.) (cf. et infra § 404.).

8) L. 4. C. *de fide et jure hastae fiscal.* (X, 3.) — L. ult. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — Quod quidem

§ 396. IV) *De emtionis et venditionis vi adque effectu* A) *universim disseritur* (*).

Nascitur ex emtionis contractu obligatio actioque utrimque directa, scil. emti et venditi [1]), qua ad implendum contractum agitur, tum ad id quod interest praestandum [2]). Et I) emtor quidem pretium solvere necesse habet cum usuris, scil. ex eo die, quo ei tradita est res : quandoquidem eundem simul et re et pretio frui cum aequitate pugnare censetur [3]). Nec vero traditione dominium rei emtor consequitur, nisi aut pretium solutum aut fides de eo habita sit [4]). Praeterea impensas debet restituere, quas venditor, perfecta emtione, in rem fecit [5]). II) Venditor autem obligatur, ut rem justo tempore tradat [6]), una cum causa atque adminiculis [7]), tum etiam cum his, quae rei accesserunt post perfectam emtionem [8]). Debet etiam id praestare, cum ut habere rem liceat emtori ex venditione [9]), tum vero ut talis sit res, qualem esse existimare poterat emtor (§ 398—404.). III) Uterque vero, et emtor et venditor, propter omnem culpam alter alteri obligatur [10]) ; quo quidem nomine et custodiam rei praestare venditor tenetur [11]).

397. B) *Singulatim* 1) *de periculo et commodo rei venditae* (*).

Periculum rei venditae [1]) incommodumque, simulatque perfecta est emtio, quamvis nondum tradita sit res, ad emtorem spectat [2]), nisi aut ex fungibilium

jus, licet Rom. jure non nisi in fiscalibus venditionibus locum habuisse videatur (vid. L. 1. C. *de vendend. reb. civit.* XI, 31.), tamen nostris moribus in omnibus observatur venditionibus, quae sub hasta fiunt.

§ 396.

(*) Dig (XIX, 1.) et Cod. (IV, 49.) *de actionibus emti et venditi.*

1) Promiscue nonnunquam juris nostri auctores his utuntur nominibus, licet plerumque venditi s. ex vendito actio (quae quidem et actio pretii vocatur, L. 7. C. *h. t.*), ad jus venditoris referatur ; emti actio, ad emtoris jus. Pr. I. *h. t.*

2) L. 1. pr. L. 11. L. 13. § 19. D. *h. t.*

3) L. 13. § 20. et 21. L. 5. C. *h. t.* (§ 229. not. 16.). — L. 18. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.) « Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, medii quoque temporis usurae pretii, *quod in causa depositi non fuit* (vid. L. 7. *eod.*), praestabuntur. » — Cf. et Fr. Vat. § 2.

4) § 41. I. *de rer. divis.* — L. 19. D. *de contr. emt.*—*Heise* et *Cropp* jur. Abh. I. Nr. XXI.

5) L. 13. § 22. D. L. 16. C. *h. t.*

6) L. 11. § 2. D. *h. t.* (cf. infra not. 9.).—Obs. a) Vacuam esse tradendam possessionem L. 2. § 1. D. *h. t.* (§ 239. not. 4. et *de Lindelof* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. V. diss. XXIV.); — b) « Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae *modo circa ipsam rem consistit.* » L. 21. § 3. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) (vid. supra § 364. not. 7.).

7) L. 67. D. *de contr. emt.* — L. 47—49. *eod.* — L. 17. pr. § 2 sqq. D. *h. t.* (cf. et locum, qui est de pertinentiis, § 226.). — L. 48. L. 52. pr. D. *h. t.*

8) L. 7. pr. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) — L. 13. § 10. et 13. D. L. 13. et 16. C. *h. t.* — L. 13. § 12. D. *eod.*

9) L. 3. pr. D. *h. t.* Cf. § 398 sq. — L. 11. § 2. D. *h. t.* « Et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, i. e. *tradere* : quae res, siquidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum ; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat. — Emtor autem nummos venditoris facere cogitur. » — L. 30. § 1. *eod.* « — — venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut ejus faciat. » — L. 25. § 1. D. *de contr. emt.* « Qui vendidit, necesse non habet, fundum emtoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit. » Vid. supra § 345. not. 8. 9. et ad easd. contextum.

10) L. 5. § 2. D. *commodati* (XIII, 6.) (vid. § 353. not. 5. et § 354. not. 8.).

11) L. 35. § 4. D. *de contr. emt.* — L. 31. pr. D. *h. t.* — Cf. § 353. not. 11.) — Vid. *Hasse* Culpa d. R. R. c. IX. § 79. et 80. c. X. § 90. Neque contraria est § 3. I. *h. t.* — *Hasse* l. l. c. XI. § 98. — Cf. et *Gensler* Archiv f. civilist. Praxis I. Nr. 30.

§ 397.

(*) Dig. (XVIII, 6.) et Cod. (IV, 48.) *de periculo et commodo rei venditae.*

1) Periculum, vox alioquin ambigua (*Hasse* Culpa de R. R. § 77. 78.), hic non nisi ad fatalia damna referendum esse, vix est, quod moneatur. Neque vero ad interitum solum, sed etiam ad deteriorationem, quam vocant, vis est trahenda vocabuli (not. seq.).

2) L. 8. pr. D. *h. t.*—§ 3. I. *de emt. et vend.*— L. 1. pr. L. 4. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. 4. et 6. C. *eod.* — L. 34. § 6. *de contr. emt.* — At impediunt paululum rem cum L. 33. D. *loc.* (XIX, 2.) (« Si

rerum genere res est [3]), aut alia ratione fit, ut species, quae debeatur, traditione demum appareat [4]), aut ad mensuram facta est immobilium rerum venditio [5]), aut ad visum gustumve [6]); cujus quidem formae haec est vis, tum, ut sub conditione emtio esse contracta videatur [7]), tum vero, ut, nisi aliud inter contrahentes actum esse appareat, suo arbitrio emtori improbare liceat venditionem [8]). Similis est venditio ad emtoris comprobationem [9]), quacum commisceri non debet emtio venditio ad specimina mercium facta, unde cognoscatur, qualis sit merx [10]). Neque vero in ea, quae per aversionem contrahitur emtione, periculum est venditoris [11]), ne tum quidem, si obiter modus sit demonstratus rerum venditarum [12]), practerquam si certum esse in universitate vendita modum venditor asseveravit, emtorque de mensura rerum facienda sibi cavit [13]). Caeterum et pactis adjectis, et culpa, et mora venditoris fieri posse, ut periculum transferatur in venditorem, id vix est, quod hoc in loco moneamus [14]). Simili autem ratione, ut rei venditae periculum atque incommoda, sic etiam commoda fere ad emtorem pertinent (§ 396. not. 7. 8.), sive extrinsecus aliquid rei accedat [15]), vel pretium ejus augeatur [16]), sive quid ex ea vel postea nascatur, vel jam natum fuerit, idque venditionis contractae tempore nondum perceptum sit [17]).

vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex emto. Quod haetenus verum erit, ut pretium restituas, noo ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi» —) tum etiam L. 12 — 14. D. *h. t.* (« Lectos emtos Aedilis, cum in via publica positi esseot, concidit. — — — Quodsi oeque traditi essent, neque emtor in mora fuisset, quo minus traderentur, venditoris periculum erit. (§ 1.) Materia emta, si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo, respondit: si minus, venditoris.») In quibus explicandis atque cum superioribus conciliandis locis multum operae posueruot interpretes, quorum nomina sententiasque collegit *Glück* Pand. XVII. p. 134 — 151. — Cf. et *Weber* ad *Hoepfner* § 872. not. 2. — Caeterum eorum mihi probanda videtur sententia, qui priorem locum ex vitiorum a venditore praestandorum obligatione (cf. *Cic.* de offic. III,16.) posteriores vero ex culpae custodiaeque praestandae obligatione explicandos esse censeant. Cf. L. 14. pr. D. *de furtis*. (XLVII, 2.) — L. 31. pr. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) et § 396. not. 1. — *Voet* ad h. t. § 1. — At in emtionibus, quae sub conditione contrahuntur, deteriorationis tantum ad emtorem spectat periculum, interitus ad venditorem L. 8. pr. D. *h. t.* — L. 10. pr. *eod.* — Cf. L. 7. pr. D. *de ctr. emt.* — L. 5. C. *h. t.* et supra § 339. not. 17.

5) L. 35. § 5. et 7. D. *de ctr. emt.* — L. 1. § 1. L. 5. D. L. 2. C. *h. t.* (vid. et L. 2. et L. 3. D. *h. t.* et *Hasse* Culpa d. R. R. § 90. p. 451 sqq.).

4) Vid. supra § 362. nr. 3. L. 34. § 2. D. *de contr. emt.* — Cf. et § 357. oot. 6 sqq.

5) Cf. L. 10. § 1. D. *h. t.* (Caeter vid. *Noodt* ad h. t. § *Similiter* p. m. 324. et *Westphal* vom Kauf etc. § 599.) — L. 40. § 2. D. *de ctr. emt.* (vid. et l. l. not. 3. excitt. not. seq.). [Cod. Nap. 1585.]

6) L. 1. pr. L. 4. pr. et § 1. in f. D. *h. t.* (*Hasse* l. l. p. 453 sqq.) — *Heise* et *Cropp* jur. Abh. I. Nr. XII.

7) *Cropp.* l. l. § 3 — 6.

8) L. 34 § 5. D. *de contr. emt.* [Cod. Nap. 1587.]

9) Vid. Landr. für die Preuss. Staaten I. Tit. XI. § 333—339. — [Cod. Nap. 1588.] — *Cropp* l. l. p. 196 sq. not. 18. et Abh. XIII. p. 208 sq. oot. 1.

10) *Heise* et *Cropp* jur. Abh. I. Nr. XIII. ibiq. inprimis § 5.

11) L. 35. § 5. D. *de ctr. emt.* verb.: nam si omne vinum — — — quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in caeteris rebus.» — L. 62. § 2. *eod.* — L. 4. § 1. D. *h. t.* (vid. oot. 6.). [Cod. Nap. 1586.]

12) Arg. L. 13. § 14. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Quodsi vero de eo quaeritur, utrum demonstrativa tantum, i. e. obiter, modus adjectus sit, an restrictive, ut ajunt (*Gluck* Pand. XVI. p. 86. not. 54.), haud dubitandum, quin adversus venditorem facienda sit responsio. Cf. *Pufendorf* observ. I. nr. 132. et supra § 346. not. 1.

13) Vid. not. 3 — 5., tum etiam L. 2. pr. L. 4. § 1. D. *a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 69. § 6. D. *de eviction.* (XXI, 2.) — Vid. at a) L. 6. pr. D. *a. e. v.* «Tenetur ex emto venditor, etiamsi agooverit, minorem fundi modum esse.» Cujus quidem loci planus atque apertus hic est sensus: quamvis non teneatur emtor, si ea lege contractum sit, ut ad minimum modus dictus inveniatur, seu, ut vocant, *modificative* emtio contrahatur, tamen venditorem utique obligari. Nec igitur necesse est, ut aut *ignoraverit*, substituamus pro agnoverit, aut vulgarem hujus verbi significationem immutemus, quemadmodum et *Barnabam Branchu* facere videmus (obs. Dec. I. c. 10. p. 99.), et *Corn. Bynkershoekium* in not. ad h. l. ed. *Geb. Spangenb.*). — b) L. 38. pr. *eod.* «Si venditor hominis dixit: peculium eum habere decem —, et si plus habet, totum praestat, nisi hoc actum est, ut duntaxat decem praestaret.» [Cael. vid. Cod. Nap. 1616 sqq.]

14) L. 1. pr. L. 11. D. *h. t.* (not. 2.). — L. 4. et 6. C. *eod.* (cf. § 362. not. 11. et § 373. II. nr. 3.). — Vid. et *Cropp* l. l. Nr. XII. § 7.

15) L. 7. pr. D. *h. t.* — L. 4. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.) [Cod. Nap. 1614.]

16) L. 12. C. *de act. emti vend.* (IV, 49.)

17) L. 13. § 10. D. *de a. e. v.* XIX, 1.) — L. 38. § 8. D. *de usur.* (XXII, 1.) — L. 13. et 16. C. *de a. e. v.* (IV, 49.)

Praeterea venditor actiones quoque rei venditae nomine quaesitas praestare debet emtori, dummodo ex re ipsa sint, ut legis Aquiliae, ut aquae pluviae arcendae actio, ut interdictum quod vi aut clam, ut furti actiones, et si quae harum sunt similes [18]; non vero, si ex venditoris negotiatione [19]. Unde etiam sponte intelligitur, quare, si in locatis est res vendita, pensiones non emtori cedant, sed venditori [20], quamvis non dubitandum, quin propter damnum eo nomine datum, ex emto agi possit adversus venditorem.

§ 398. 2) *Quid circa rei venditae indolem ac conditionem praestandum sit a venditore, a) universim quaeritur* (*).

Emtori praestandum est, tum, ut ab alio res non evincatur (§ 399 sqq.), tum vitia ei non adhaerescant, latentia illa quidem, contra vero adsint qualitates, de quibus inter contrahentes convenerit [1]. Eaque ab illo praestanda sunt, qui aut suo nomine, aut invito domino, nec tamen pignoris jure, rem vendidit [2]; qui quidem auctor appellatur [3]. Ad omnes autem res, quae venditione continentur, ista pertinet venditoris obligatio, sive soli sunt res, sive mobiles, aut se moventes [4], sive principaliter de iis contractum est, sive ut accessoriae res alias tantum sequuntur propterque illas praestandae sunt [5]; neque tamen ad rerum universitates [6], nisi quatenus in dolo versatus est venditor [7]. Nec magis hoc nomine obligatur, qui spem tantum vel rem speratam vendidit [8]. De eo vero, quid hujusce obligationis nomine emtori praestandum sit a venditore, tum ex singularum causarum ratione, tum ex obligationis forma statuendum erit. Generatim autem notandum: quatuor esse modos, quibus id fiat. Aut enim ejus quod interest nomine agitur cum emtore, aut ut redhibeatur res, aut ad pretium minuendum, cujus quidem causa aestimatoria s. quanto minoris actio comparata est, denique ad id praestandum, quod in eam causam promissum est [9]: dupli autem, sc. quanti vere res est, promissionem sibi fieri emtor nonnullis in causis petere potest [10]; nec quicquam impedit, quo minus etiam de

18) L. 13. § 12. D. *de a. e. v.* — L. 14. pr. L. 80. pr. D. *de furtis*. (XLVII, 2.)

19) L. 21. D. *de h. v. a. v.* (XVIII, 4.) verb.: Sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium ejus agam — —: *sed hoc in re singulari non potest credi* rel. — Cf. *Cujacii* obs. XXV, 31.

20) L. 13. § 11. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Dissent. *Glück* Pand. XVII. § 1038. p. 196 sqq. not. 74. et ibi laudd. scriptt.

§ 398.

(*) [Cod. Nap. Lib. III. Tit. VI. Sectio III. art. 1625 —1649.]

1) L. 1. § 1. D. *de aedil. edicto*. (XX, 1.)

1) Nec igitur *ex emtionis quidem contractu* obligantur a) qui pignora aut judicis jussu distraxerunt (L. 50. D. *de evict.* XXI, 2.), aut jure creditorum (cf. § 318. not. 19. 20.); b) alienorum negotiorum administratores, qui quidem eorum, ad quos ea res spectat, aut mandato aut ratihabitione rem gesserunt; nisi aut ipsi in se pactis susceperunt obligationem (L. 67. D. *de proc.* III, 3.), aut officii sui fines egressi sunt. Quemadmodum igitur, omnibus recte peractis, *utiles actiones* e praetorii juris ratione adversus dominos dantur negotiorum: sic contra ipsi etiam negotiorum ex emtionis contractu obligantur, qui quidem aut non voluntate dominorum, aut minus recte rem peregerunt (L. 66. § 3. D. *de evict.* et § 131. in f.).

3) Vid. *Brisson.* v. *auctor*. § 2. § seq. not. 1.

4) L. 1. pr. L. 48. § 6. L. 49. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) (cf. *Neustetel* römisch-recht. Untersuchungen p. 210. not. 3. — *Unterholzner* Archiv f. civ. Praxis VI. p. 66.). — L. 4. pr. L. 6. D. *de evict.* (XXI, 2.).

5) L. 11. § 17. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 31. in f. L. 32. L. 33. pr. D. *de aedil. edict.* — L. 8. L. 16. pr. D. *de evict.*

6) L. 14. § 1. D. *de h. v. a. v.* (XVIII, 4.) — L. 18. § 2. L. 35. pr. D. *de aedil. edict.* (XXI, 1.) — L. 5. D. *de evict.* (XXI, 2.) — L. 1. C. *eod.* (VIII, 45.) — Caeter. vid. *Gluck* Pand. XX. p. 218 sqq. et supra § 223. nr. 1. in f.

7) L. 12. D. *de h. v. a. v.* (XVIII, 4.)

8) L. 11. in f. L. 12. D. *de h. v. a. v.* (XVIII, 4.) — L. 11. in f. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

9) Cf. § 400. et § 404.

10) L. 31. § 20. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — L. 37. pr. D. *de evict. et duplae stipulat.* (XXI, 2.) — *M. Thiele* comm. ad L. 31. de evictione et duplae stipulatione. Lips. 1825.

ampliore summa praestanda inter se conveniant contrahentes [11]). Caeterum non oportet ignorari 1) quae de evictionis praestandae obligatione in jure nostro praecipiantur, plerumque esse ex civili jure repetenda, contra vero, quae de vitiis, deque dictis ac promissis praestandis, magna ex parte deberi aedilitio edicto, tum vero utriusque juris vim partim esse confusam, partim suis cujusque propriis legibus contineri atque actionibus [12]); 2) non modo venditorem hoc modo obligari, sed alios quoque, qui res alienarunt, certe ex onerosis titulis [13]), velut ex permutatione [14]), in solutum datione [15]), hereditatis aliusve rerum communionis divisione [16]), transactione [17]), eos quoque, qui rem pignori dederunt [18]), aut ad usum rei praestandum obligantur [19]), quamvis in utraque posteriori causa nec duplae stipulatio, nec aedilitiae actiones locum habent.

§ 399. b) *Singulatim* α) *de evictionis praestandae obligatione* (*). aa) *Ejus notio et conditiones necessariae.*

Evictio est rei per vindicationem judicisque sententiam jure facta ablatio (not. 7.). Omnino igitur, ut locum habeat auctoritas (i. e. pro evictione obligatio actioque) [1]), necesse est primum, ut judicio res petatur [2]), nec auferatur possessori mero casu [3]), cui quidem simile habetur et principis magistratusve praeceptum, lubidinose nulloque jure effusum [4]), et judicis sententia iniqua [5]); deinde, ut evictionis causa antiquior sit jure emtoris [6]); denique, ut res petatur ex causa dominii, aliave, unde efficitur, ut rem habere non liceat possessori [7]);

11) L. 56. pr. D. *de evict.*

12) Cf. scriptores ad § 402. not. *. laudd.

13) Rerum enim aut in dotem datarum, aut donatarum, aut legatarum nomine num evictionis vitiorumve praestatio locum habeat? suis locis videbimus. Interim cf. *Glück* Pand. XX. § 1117. p. 197 sqq. (nr. 5.) § 1119.

14) L. 1. § 1. D. *de rer. permut.* (XIX, 4.) — L. 19. § 5. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) (cf. *Glück* Pand. XX. p. 123 sq. Nr. 1.).

15) L. 24. pr. D. *de pigner. act.* (XIII, 7.) — L. 4. C. *de evict.* (VIII, 45.) *Gluck* l. l. p. 190—197. nr. 4.).

16) L. 10. § 2. D. *communi div.* (X, 3.) — L. 66. § 3. D. *de evict.* (XXI, 2.) (*Glück* XX. p. 361 sqq.) — Arg. L. 1. C. *communia utriusque jud.* (III, 38.) (cf. *Voet* ad Pand. Tit. de evict. § 8.).

17) Cf. *Glück* l. l. p. 186 — 190. (nr. 3.) et p. 447 sq.

18) L. 1. § 2. L. 9. pr. L. 16. § 1. L. 36. D. *de pigner. act.* (XIII, 7.)

19) L. 15. § 1. L. 19. § 1. D. *loc. cond.* (XIX, 2.) — *Neustetel* röm. rechtl. Unters. p. 181.

§ 399.

(*) Dig. (XXI, 2.) *de evictionib. et duplae stipulatione.* — Cod. (VIII, 45.) *de evictionibus.* — *Christfr. Waechtler* ad tit. Dig. de evictionib. comment. (in opusc. c. praefat. *C. H. Trotzii*, Traj. ad Rhen. 1733. p. 1—190.). — *Jan. de Bas* Diss. sistens evictionem. Lugd. Bat. 1743. — *C. J. Bosschaert* D. de evictione. L. B. 1754. — *Berthelot*, Traité des évictions et de la garantie formelle selon les lois Romaines. Paris 1781. 8. — *Pothier*, Traité du contrat de vente. Nr. 82—202.

1) L. ult. D. *h. t.* — Solennes etiam formulae erant: auctoritatem praestare, promittere, auctoritatis obligari, similesque. Vid. *Brisson.* v. *auctoritas* § 2. — Cf. et L. ult. pr. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) (« — instrumentum — auctoritatis —. ») — Fragm. Vat. § 10. (« neque stipulationem auctoritatis committere. ») — Vid. *de Buchholtz* ad eund. Sphum.

2) L. 17. C. *h. t.* — At judicio res non videtur esse petita, cum ex compromisso in arbitrum consenserunt partes. L. 56. § 1. D. *h. t.* — Utrum autem actione res evincatur, an exceptione, prorsus nihil interest, L. 16. in f. D. *h. t.* (cf. et § 401. not. 1.).

3) L. 21. pr. D. L. 26. C. *h. t.* — L. ult. C. *de a. e. v.* (IV, 49.)

4) Referunt huc plerique L. 11. pr. D. *h. t.* — Vid. *Waechtler* l. l. p. 30 — 34. et *Glück* Pand. XX. p. 276 sq. — Sed vid. rationem a *Paullo* allatam: « futuros casus evictionis post contractam emtionem ad venditorem non pertinere. » — Nec omnino est, quod ejusmodi amissionem ad evictionis causam referamus, licet hoc vocabulo *Paullus* utatur. (Caet. cf. *Basilic.* XIX, 11. fr. 4.) — Cf. et *Voet* ad Pand. Tit. de per. et commodo rei vend. et supra § 397. not. 2.

5) L. 51. pr. L. 8. C. *h. t.* — Cf. Fr. Vat. § 8. et 10. — Caet. vid. § seq. not. 4.

6) L. 11. pr. in f. L. 27. D. *h. t.* — L. 28. *eod.*

7) L. 21. § 1. D. *h. t.* (« — duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, *ut eam habere non liceat propter ipsam evictionem.* ») L. 57. pr. *eod.* (« — ante *abductam vel ablatam rem.* ») — Locum igitur habet auctoritatis praestatio, non solum si dominii vel pignoris jure res

licet nihil impediat, quo minus et *partis*, sive pro diviso sive pro indiviso, evictae nomine agi possit [8]. Praeterea cessat auctoritatis praestandae obligatio, si aut incertum venierit [9], aut sciens emtor alienam rem vel pignori obligatam comparavit [10], aut propter ipsius culpam negligentiamve, scilicet denuntiandi officium vel prorsus non vel non tempestive implentis [11], vel etiam rei defectionem omittentis (§ 400. not. 5.), aliove modo ipsius facto impedientis, ut ne pleno jure ei rem habere liceret [12], plerumque etiam eo, quod suam ipsius obligationem nondum impleverit emtor [13], denique pacto de non praestanda evictione emtionis contractui adjecto [14], quod tamen non impedit, quo minus pretium rei ab auctore repetat evictus [15]. Neque vero eo liberare auctor sese potest ab evictionis praestandae officio, quod postea rem evictam praestare paratus est [16].

§ 400. bb) *De litis denuntiatione auctori facienda.*

Jam vero cum rem sibi vindicare instituit petitor, litem possessor denuntiare debet auctori [1], omnibus singulisque, si quidem plures sunt [2], non etiam fidejussori [3]. Quo facto aut liti sese adjungat necesse est auctor, aut ipsius periculo continuari litem patiatur adversus possessorem [4]; quem tamen sedulo adesse oportet judicio ac defensionibus uti contra petitionem, quas quidem notas habet [5]. Quemadmodum autem pacto remitti potest denuntiapdi officium [6]: sic etiam omittere emtor denuntiationem poterit, cum aut absens est auctor,

evincitur, verum etiam ususfructus evicti nomina, siva solus translatus est nsusfructus ad emtorem, siva cum dominio. L. 66. pr. D. *de contr. emt.* — L.15. § 1. L.46. pr. L.49. L. 62. § 2. D. *h. t.*—Neque de servitutum avictione (cf. L. 35. D. *de a. e. v.* XIX, 1. L. 48. D. *h. t.*) dubitandum, quin ea praestari dabeat a venditore (L. 66. pr. D. *de contr. emt.*). Cujus taman praestationis ratio, quoniam ejusmodi aviellone res non aufartur possessori, magis conveniens est, ut ex iis potissimum aestimetur regulis, quaa de vitiis qualitatibusque praestandis praecipiuntur, quemadmodum etiam a Romanis factum asse videmus. L. 61. D. *de aedil. edict.* (XXI, 1.)—L. 69. § 5. in f. D. *h. t.*

8) L. 1. L. 13. L. 39. § 2. L. 45. L. 49. L. 53. pr. L. 64. § 1— 3. D. *h. t.* — Caeterum quod dicitur; columna aedium, val tabula navis, val partu aut ancillae aut vaccae avictis, non posse da evictione agi (L. 36. 42. 43. D. *h. t.*), ad jus stipulationum pertinet; cf. L. 25. § 1. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — *Waechter* l. l. p. 70 sqq. at p. 91 sqq.

9) Vid. § 398. not. 7. 8.

10) L. 27. C. *h. t.* — Caater. vid. L. 1. C. *si vendito pignore agatur.* (VIII. 30.)

11) L. 53. § 1. D. *h. t.* — L. 8. C. *eod.*

12) L. 29. § 1. L. 56. § 3. D. *h. t.*

13) Caeter. vid. L. 18. § 1. D. *de per. et c. rei vend.* (XVIII, 6.) « Ante pretium solutum dominii quaestione mota, pretium emtor solvere non cogatur, nisi fidejussores idonei a vanditore ejus avictionis offerantur. » — Cf. L. 24. C. *h. t.*

14) L. 11. § 18. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Sunt tamen, qui bonae fidei contrarium esse censeant pactum da non praestanda evictione, tamquam de dolo non praestando initum. Vid. v. c. *J. F. Richter* D. de pacto evictionis non praestandae inutili. Lips. 1738. § 5. sqq. — At vid. quae contra disputat *Glück* Pand. XX. p. 296—300.

15) Vid. L. 11. § 18. D. *de a. e. v.* (*Ulp.*) « Ibidam ait (Julianus) — et si aperte in venditione comprehandatur, nihil avictionis nomina praestatum iri, pretium quidem deberi re avicta, utilitatam non debari, neque enim b. f. contractus — patitur —, ut emtor rem amitterat, et pretium retinaret venditor. » Ex magna scriptorum copia, qui hac da re in utramque sententiam disputarunt, inprimis notandi sunt *J. H. Boehmer* vindiciae jurid. pacti de n. praest. evictione. (Exarc. ad Pand. VI. nr. 61.) — *F. Alef* varitas communis opinionis circa pact. de n. pr. ev. Heid. 1736. — *de Bas* l. l. (not. *.) c. IV. nr. 9. at *Glück* l. l. p. 300 — 330.

16) L. 67. D. *h. t.* — L. 15. D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV, 4.)

§ 400.

1) L. 53. § 1. D. *h. t.* — L. 8. 9. 20. 23. C. *eod.* (De vocis *auctorem laudare* hoc in loco obviaa (v. e. L. 63. § 1. D. L. 7. at 14. C. *h. t.*) potestate vid. *Noodt* ad Pand. tit. de evict. § *Porro ait.*) — Cf. L. 29. § 2. D. *eod.* — L. 55. § 1. *eod.* — L. 59. *eod.*

2) L. 62. § 1. D. *h. t.*—L. 85. § 5. L. 139. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

3) L. 7. C. *h. t.*

4) L. 74. § 2. D. *h. t.*—L. 1. C. *ubi in rem act. exerc. deb.* (III, 19.)—L. 23. C. *h. t.* — L. 49. D. *de judic.* (V, 1.)

5) L. 55. pr. D. *h. t.* — L. 8. L. 19. C. *eod.* — L. 56. pr. D. *eod.*

6) L. 63. pr. D. *h. t.*

aliove modo per eum stetit, quo minus ei fieret denuntiatio [7]), aut de petitoris jure liquido constat [8]).

§ 401. cc) *Quid evictionis nomine praestandum sit et quomodo petatur.*

Evicta re [1]) actionibus emtor utitur adversus auctorem suum [2]), aut ex emto, aut ex pacto s. ex stipulatu. Et I) priore illa id consequetur, quod ei abest propter evictionem, i. e. omne quod interest emtoris rem non evinci [3]), impensas quoque, quas aut in litem aut in ipsam rem erogavit [4]), quatenus eas a petitore reportare haud poterit [5]). Jam, si nec pretiosior res nec deterior effecta est, pretium restitui debet emtori, quod ipse dedit [6]); alioquin ex evictionis factae tempore, quantum ejus quod interest nomine emtor consequatur, aestimandum est [7]), sic tamen, ut rei auctae vel melioris effectae nomine duplum pretii ab ipso dati haud excedatur [8]). Quodsi plures res una emtione, non tamen per aversionem, sed specialiter nominatae venierint, singulis evictis ex emto actio earum nomine datur, licet tantundem valeant reliquae, quantum pro omnibus datum sit [9]). Sin partes rerum accessionesve evincuntur, non solum ex se res evictae aestimantur, sed etiam ejus, quanti minoris inde reliquae res effectae sint, ratio habenda est [10]). II) Ex pacto s. stipulatione tantum evictus petit pecuniae, quantum in obligationem est deductum [11]). Quodsi aut simplum, aut duplum [12]), aut triplum etiam vel quadruplum [13]) pretii pro evictione venditor repromisit, pretium erit ex contractus tempore definiendum, licet interea aut aucta aut deminuta sit res [14]). Igitur si tota res evincitur, ex ejus, quod em-

7) L. 53. § 1. L. 56. § 5. et 6. D. *h. t.*

8) Arg. L. 11. § 12. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Cf. *Glück* Pand. XX. p. 401 sqq.

§ 401.

1) L. 3. C. *h. t.* « Qui rem amit, — quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest. » Observandum tamen est jam Romano jure, et antequam evicta fuerit res, auctoritatis praestandae nomine agi potuisse: a) firmata per stipulationem emtione (§ 343. context. ad not. 9.), b) si sciens rem alienam auctor alienavit (L. 4. pr. L. 30. § 1. D. *de a. e. v.* XIX, 1.); c) si in possessorio victus sit emtor (L. 11. § 13. L. 35. D. *de a. e. v.*). Praeterea d) pro evicta res habetur, et si possessor ab emtore conventus absolutus sit, et si litis aestimatione domino praestanda vel alioquin re redimenda effecerit emtor, ne sibi auferretur res. L. 16. § 1. L. 21. § 2. L. 29. pr. D. *h. t.*; tum vero e) si heres domini exstitit emtor, quamvis pro evictione actio locum non habet, tamen ex emto agi poterit (L. 9. L. 41. § 1. D. *h. t.*). — Cf. et § 399. not. 13.

2) Non igitur admittitur actio de evictione praestanda adversus auctorem auctoris, nisi ex jure cesso, cf. L. 33. et 59. D. *h. t.* — Vid. *Westphal* vom Kauf etc. § 311. — Id autem vix est, quod moneatur, et contra successores dari hanc actionem (L. 23. D. *h. t.*), et contra *auctorem secundum*, i. e. fidejussorem L. 4. pr. D. *h. t.* (cf. *Glück* l. l. p. 178 sqq. not. 48.). — L. 7. C. *h. t.*

3) L. 6. C. *h. t.* — L. 43. in f. D. *de a. e. v.* — L. 8. D. *h. t.* — L. 60. L. 70. D. L. 9. et 23. C. *eod.* — Observ. a) « Si jussu judicis rei judicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex emto contra eum, qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio duntaxat, ejusque usuris, habita ratione fructuum, dabitur, scil. si hos ei, qui evicit, restituere non habeat necesse. » L. 74. § 1. D. *h. t.* — Cf. *Waechtler* l. l. p. 175 sqq. — b) « Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimationem faciendam esse. » L. 15. § 1. D. *h. t.* — c) Si pignori obligata sit res vendita, id consequi emtorem ab auctore suo, ut pignore res liberetur. L. 5. C. *h. t.*

4) L. 9. et 17. C. *h. t.*

5) L. 45. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — *Glück* Pand. XX. p. 356—359.

6) Cf. *Glück* XX. p. 349 sqq.

7) L. 45. pr. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 15. pr. L. 16. pr. L. 70. D. *h. t.*

8) L. 44. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — *Cujac.* ad h. L. Tract. VIII. ad African. — *Ulr. Huber* Eunom. Rom. p. 701.

9) L. 47. L. 72. D. *h. t.*

10) L. 15. in f. D. *h. t.* — L. 82. § 4. in f. D. *de legat.* I. — L. 23. § 1. D. *de usurp.* (XLI, 3.).

11) L. 74. pr. D. *h. t.* — Cf. L. 38. pr. § 1 — 8. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — *Glück* XX. § 1121. Nr. I. p. 280 — 295.

12) Duplum pro evictione repromittere in pretiosioribus rebus venditor cogitur: L. 2. L. 37. D. *h. t.* — Caeter. hanc obligationem non ex aedilium edicto descendere, ut plerique opinantur propter L. 37. § 1. in f. D. *h. t.* et L. 5. pr. in f. D. *de V. O.* (XLV, 1.) invictis argumentis docuit *H. Donellus* ad L. 5. D. *de V. O.* in comment. ad Tit. Dig. de V. O. nr. 27 sqq. p. m. 39 sqq.

13) L. 56. pr. D. *h. t.* — Cf. *Auctoris* Cession p. 118. not. 200. (ed. 2.) et *Glück* Pand. XX. p. 282 sqq.

14) L. 13. in f. L. 64. pr. in f. D. *h. t.* — *Waechtler* l. l. p. 130 sqq.

tor dedit, pretii quantitate lis aestimanda est [15]). Sin pars tantum evincitur, eaque pro indiviso, ex eo, quod propter evictionem detrahitur emtori, restitutio fieri debet, nulla nec accretionis nec decretionis interim factae ratione habita [16]). At pro diviso parte evicta bonitatis aestimatio facienda erit partis, quae evincitur, scil. quanti fuisset venditionis tempore, non cum evinceretur [17]); nisi singulae partes pro certo pretio venierint [18]). Universim autem etiam observandum: 1) adversus plures auctores non nisi pro rata cujusque parte locum habere actionem de evictione praestanda [19]), praeterquam si causa adsit ejusmodi, quae efficiat, ut in solidum obligentur plures ejusdem obligationis rei [20]); 2) a fisco nihil nisi simplum rei pretium peti posse, quamvis procurator fisci duplum vel triplum pro evictione promiserit [21]).

§ 402. *B) De vitiis qualitatibusque praestandis* (*). aa) *Venditoris obligatio.*

1) Vitia rei praestare venditor necesse habet, ex civili quidem jure non fere (not. 14.), nisi ea, quae, cum ipsi nota essent, tamen reticuit emtori [1]), ex Aedilium autem edicto, quae ignoravit quidem, at ex edicti constituto scire debuit [2]). Quo edicto inprimis praeceperant Aediles de mancipiorum jumentorumque venditorum morbis vitiisque [3]), hoc pacto, ut corporis tantum morbi vitiave plerumque essent praestanda, non etiam animi [4]), praeterquam talia, quae usum etiam hominis vel animalis impedirent [5]), quare et propter noxam a servo commissam necdum solutam locum habuit edictum [6]). Quemadmodum autem levissima non praestantur vitia, ac mediocria, usumque rei minime impedientia [7]), non magis quam ea, quae aut manifesta sunt nec nisi per dissolutam negligentiam

15) L. 64. pr. D. *h. t.*

16) L. 1. D. *h. t.* «—Cum pars evincatur, regressum habet (emtor) pro quantitate evictae partis.» — L. 64. pr. § 1. et 2. *eod.* (*Papin.* Lib. VII. quaestion.) (cf. *Glück* XX. p. 332-342.) — De parte pro indiviso vendita eaque evicta intelligenda est § ult. cj. l. (cf. *J. Neustetel* Archiv f. civil Pr. VII. p. 207 sqq.).

17) L. 1. D. *h. t. verb.*: «Quodsi certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim? si, quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum?» — L. 13. L. 45. L. 64. § 3. D. *eod.*

18) L. 53. pr. D. *h. t.* — *Glück* l. l. p. 345.

19) L. 39. § 2. D. L. 2. C. *h. t.*

20) Cf. L. 51. § 4. L. 65. D. *h. t.*

12) L. 5. pr. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.)

§ 402.

(*) Dig. (XXI. 1.) *de aedilitio edicto et redhibitione et quanti minoris.* — Cod. (IV, 58.) *de aedilitiis actionibus.* — *J. Strauchii* D. prior et posterior de aedilit. edicto (in opusc. jur. hist. philol. Hal. 1729. or. 19. et 20. p. 649 — 712.). — *L. J. Neustetelii* observationes in aedilitium edict. (in *Ejusd.* et *Zimmerni* röm. rechtl. Untersuch. Nr. IX. p. 155 — 254.). — *Unterholzneri* diatr. de vitiosarum rerum venditione (Arch. f. civ. Pr. VI. Nr. III.).

1) Cf. *Cic.* de offic. III. 16. et arg. L. 1. § 2. D. *h. t.* — Nam quod eorum vitiorum nomine, quae venditor ignoravit, ex emto agi potest (L. 45. D. *de contr. emt.* — L. 6. § 4. L. 13. pr. et § 1. D. *de a. e. v.* XIX, 1.), id non nisi aedilitii edicti ad jus civile traductione effectum est. — *Unterholzner* l. l. p. 102 — 106. (cf. et *Strauch* D. II. § 3.). — Dissent. *Neustetel* l. l. p. 160 — 182. — Vid. et § seq. not. 3.

2) *Cic.* off. III, 17. verb.: «*qui enim scire debuit*» rel. — L. 1. § 2. D. *h. t.*

3) L. 1. § 1. L. 38. pr. D. *h. t.* — Quod quidem edictum ad alias quoque res prudentum interpretatione translatum est. L. 1. pr. L. 63. D. *h. t.* — L. 4. C. *eod.* — Dissent. *E. Gans* Archiv. f. civ. Pr. II. Nr. 9. — Contra quem vid. *Thibaut* Arch. f. civ. Pr. V. Nr. 13. p. 350 sqq. et *Unterholzner* l. l. p. 76 sqq. p. 97 — 101. (or. 11.). — Vid. et *Neustetel* l. l. p. 509 — 216. (or. IV.) et § seq. not. 2. 3.

4) L. 1. § 9 — 11. L. 2. L. 4. pr. § 2 — 4. L. 65. pr. D. *h. t.*

5) L. 4. § 5. L. 17. pr. § 1 — 16. D. *h. t.* (L. 52. *eod.* — L. 13. § 1. D. *de a. e. v.* XIX, 1.) — L. 38. § 9. L. 43. pr. D. *h. t.* (L. 4. § 3. in f. *eod.* — *Neustetel* l. l. p. 194 sqq. (nr. 1. 2.) p. 233 — 236. (Nr. 8.). — *Unterholzner* l. l. p. 70 sq. not. 27.) — Cf. L. 1. § 9. in f. L. 4. § 1. D. *h. t.*

6) L. 17. § 17. 18. D. *h. t.* — Cf. § 19. *eod.* et L. 1. § 1. *verb.*: «Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit» rel. *eod.*

7) L. 1. § 7. 8. L. 4. § 6. D. *h. t.* — Cf. L. 6. § 2. L. 7. L. 8. L. 10 — 14. L. 38. § 7. *eod.* — L. 61. *eod.*

latere possunt emtori [8]), aut post emtionem contractam intervenerunt [9]): sic nec eo nomine obligatur venditor, quod onera publica rei inhaerentia, ordinaria illa quidem, indicare emtori omisit [10]). Praeterea servitutes aliis debitas *praediis* [11]), non nisi eas, quae ab ipso non ignorantur, praestare necesse habet [12]); neque vero eo liberatur, quod perfusorie dixit in contrahenda emtione; se non teneri propter servitutes, quae quandoque emerserint [13]). At omnino omnium vitiorum nomine obligatur, quae abesse a re nominatim dixit promisitque [14]). Contra vero pacto de non praestandis vitiis liberatur, praeterquam si celavit emtorem, quae ipsi nota fuerunt [15]). II) Quod si: inesse quaedam rei accessurave emtori promisit ex eo genere, quae ex consueta emtionis forma peti nequeunt, haec quoque praestanda sunt [16]), nisi obiter tantummodo, atque ita, ut fieri adsolet in emtionibus, rei commendandae gratia bonitatem ejus laudaverit [17]). Nec minus propterea obligatur, quod ornamentis fucisque adhibitis vegetiorem mancipiis aut animalibus integrioremque affinxit vultum vel formam; unde velut tacito pacto convenisse inter partes videtur, ut tales etiam praestentur res, quales specie appareant [18]). III) Debet praeterea venditor de his praestandis, quae Aedilium edicto continentur, duplum repromittere emtori [19]). Caeterum IV) in fiscalibus venditionibus omnino locum non habet Aedilitium edictum)[20], non magis quam in vilissimarum rerum venditione [21]).

§ 403. bb) *Quomodo jus suum persequatur emtor.*

Actiones autem, quibus adversus venditorem utitur emtor, aut ex civili jure

8) L. 1. § 6. L. 14. § 10. L. 55. D. *h. t.* (L. 15. § 1. D *de contr. emt.*)—Cf. *Gesterding* Arch. f. civ. Praxis IV. Nr. 5. et Ausbeute IV. p. 429 sqq — Ac multo etiam minus praestantur vitia, quorum quidem certam habuit ootitiam emtor. L. 48. § 4. D. *h. t.* — Caeterum eorum, qui alieno nomine rea emunt, impeditor scieotia, quo minus et ipsi agere possint domini negotiorum. L. 51. D. *h. t.* — Cf. L. 12. et 13. D. *de contr. emt.* Vid. *Auctoris* Cession § 13. — *Gluck* Pand. XX. p. 51 — 50. — *Unterholzner* l. l. p. 74. not. 36.

9) L. 54. D. L. 23. C. *h. t.*

10) Arg. L. 15. § 1. D. *de contr. emt.* — Caeter. vid. L. 21. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) et L. 9. C. *eod.* (IV, 49.)

11) Nam de osufructu, qui quidem ad alium pertineat, eo jure teoetur venditor, quod est de evictioois praestaodae officio. Vid. § 399. not. 7. — *T. A. Topp* (Pr. *patre*) de actione redhibitoria et qu. mio. oon extendeoda ad defect. in bonitate praecipue rerum fungibilium. Helmst. 1753.

12) L. 66. pr. D. *de contr. emt.* — L. 1. § 1. L. 59. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Vid. et L. 59. D. *de contr. emt.* et L. 75. D. *de evict.* — Dissent. *Neustetel* l. l. p. 222 — 232. — Cf. et *Schoeman* Handbuch des Civ. R. II. p. 114 — 128.

13) L. 69. § 5. D. *de evict.* (XXI, 2.) (*verb.*: « Sicuti qui fuodum tradit » *rel.*). — L. 1. § 1. L. 39. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

14) L. 13. § 3. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 4. § 3. L. 17. § 20. D. *h. t.* — L. 66. pr. D. *de contr. emt.*

15) L. 31. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 14. § 9. 10. D. *h. t.* — L. 39. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Sunt qoi statuant, pactum de non praestandis vitiis non valere, nisi nomioatim excepta sint vitia, quae non praestentur a venditore, v. c. *Gunther* pr. j. r. § 970. Nr. VI. — Sed. vid. *Neustetel* l. l. p. 207 sq.

16) L. 17. § 20. L. 18. L. 19. § 4. D. *h. t.* — L. 75. § 2. in f. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

17) L. 43. pr. D. *de contr. emt.* — L. 19. pr. et § 3. D. *h. t.* — L. 37. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)

18) Ita enim ioterpretandam esse censeo L. 38. pr. D. *h. t.* « Qui jumeota vendunt, palam recte dicunto, *quid in quoque eorum morbi vitiique sit: uti quae optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur;* si quid ita factum non erit, de oroamentis restituendis (cf. L. ult. § 1. D. *de V. S.*) — — judicium dabimus. » — Cf. et § 11. *eod.* (« *Vendendi autem causa ornatum jumentum* videri Caelius ait — — si in ipsa veoditione ornatum ait, aut ideo, *venale cum esset, sic ornatum inspiceretur* » —); nec noo L. 37. *eod.* (« ut ecce plerique solent mancipia, quae novitia ooo sunt, quasi novitia distrahere, ad hoc scilicet, ot pluris vendaot, — — — *idcirco interpolant veteratores*, et pro novitiis veoduot; *quod ne fiat, hoc edicto Aediles denuntiant.* » — Jam sequuntur L. 38. ipsa edicti verba, quae superius exhibuimus). Atqui interpretes, quotquot oovi, de jumentorum accessioonibus hunc locum esse iotelligendum opinantur, licet et ipsi inter se de singolorum verborum ioterpretatiooe dissentiant. Vid. v. c. *Neustetel* p. 202. et oot. 27. — *Unterholzner* p. 84 sq. et not. 49.

19) Cf. L. 28. L. 31. § 20. D. *h. t.* — L. 47. § 1. D. *de evict.* (XXI, 2.) — Cf. *Neustetel* p. 236 — 243. (nr. VI.).

20) L. 1. § 3. D. *h. t.* Cf. § 4. *eod.*

21) L. 48. § 8. D *h. t.* « Simplariarum veoditionum causa oe sit redhibitio, in usu est. » Vid. *Noodt.* ad *h. t.* Pand. § *Sed apparet* in f. (opp. T. II. p. 351.). — *Glück* Pand. XX. p. 45. sq. nr. 4.

sunt, aut ex pacto, aut ex Aedilitio edicto. Et civili jure ex emto actio locum habet, quae quidem proprie datur ad id quod interest [1]), cujus tamen nomine, si ita res feret, aut ad redhibendam rem agi poterit [2]), aut ad minuendum pretium [3]). Ex pacto id actor consequetur, quod eam in causam illi promissum est a venditore [4]). Aedilitio autem edicto duae potissimum actiones comparatae sunt, altera aestimatoria s. quanto minoris [5]), altera redhibitoria, quarum quidem, quam velit, actor eligere potest [6]); at patriis moribus legibusque non nisi propter principalia vitia (*Hauptmaengel*) ad redhibendam rem agi potest, propter reliqua vero (vocant *Nebenmaengel*) tantum ad pretium minuendum actio datur [7]). Caeterum etsi quanti minoris agatur, at adeo nullius sit pretii res, ut nemini eam habere expediat, judicis officio continebitur, ut res reddatur pretiumque restituatur [8]). Jam vero cum de re redhibenda agitur, venditor et pretium restituat necesse est una cum usuris [9]), et impensas, cum necessarias tum utiles [10]), vel si quid praeterea propter emtionem erogavit emtor damnumve passus est [11]), tum etiam ab obligationibus emtorem liberet, quas emtionis nomine ille suscepit [12]). Quodsi huic non satisfacit officio venditor, in duplum condemnatur pretii accessionumque [13]). Contra vero emtor rem debet restituere cum accessionibus [14]) et fructibus, iisque non solum perceptis, verum etiam neglectis [15]); praeterea et damnum resarcire, quod aut ipsius culpa datum est rei, aut illorum, quorum opera usus est emtor in re vel emenda vel administranda [16]), et liberare rem ab oneribus, quae eidem imposuit [17]). Est tamen et illud, quod differat inter utramque actionem, quod aestimatoriae intra unius anni, redhibitoriae vero intra sex

§ 403.

1) Cf. L. 1. L. 4. pr. D. *de a. e. v.* (XIX. 1.)

2) L. 11. § 3. D. *de a. e. v.*—Cf. *Unterholzner* p. 82 sq. not 46.

3) Vid. L. 13. § 4. D. *de a. e. v.* et *Paulli* sent. rec. II, 17. § 6.— *Unterholzner* p. 82. not. 45.— Nec vero *ex emto* aliter agi potest, si quidem vitia ignoravit venditor. L. 45. D. *de ctr. emt.* — L. 13. pr. § 1. D. *de a. e. v.* — Vid. supra § 402. not. 1.

4) L. 19. § 2. D. *h. t.* — L. 16. § 2. L. 31. D. *de evict.* (XXI. 2.) — Cf. et § 401. not. 11. et § 402. not. 19.—*Unterholzner* p. 78. nr. IV. in f.

5) L. 1. § 1. L. 38. pr. D. *h. t.* — Cf. L. 28. *eod.* — Cf. *Unterholzner* l. l. p. 82 sqq. et p. 101 sqq. —Contra vero *Neustetelius*, ex jure civili aestimatoriam esse repetendam actionem, sibi persuasum habuit, l. l. p. 169 sqq.

6) L. 38. pr. L. 48. § 1. et 2. D. *h. t.*—Cf. L. 18. pr. *eod.* — Cui non adversatur L. 25. § 1. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.); qua potissimum subnixi haud ita longo abhinc tempore JCti, tantum non omnes, non nisi propter talia vitia, quae prorsus impedirent rei usum, redhibitoria agi posse, affirmare consueverant; quorum opinionem etiam tuetur *J. H. Westhoff* vindiciae commun. doctr. de act. redhibit. ob vitium rei venditae minus principalis haud competente. Helmst. 1804. — Sed vid. *Topp.* l. l. § 7. et inprimis *Feuerbachii* civ. Vers. Nr. II. — *Neustetel* l. l. p. 246 sq. et *Unterholzner* l. l. p. 88 sq. — Observ. a) etiam si de eo agatur, quod adversus dictum promissumve sit, redhibitioni locum esse (L. 38. § 10. D. *h. t.*—*Neustetel* p. 212 sqq.); b) aedilitias actiones et ad servitutum causam pertinere; L. 61. D. *h. t.* — Cf. *Glück* XX. p. 39. — Dissent. *Neustetel* p. 232 sq.

7) Vid. *Strauchii* D. I. c. 6. § 3. et *Stryckii* us. mod. Pand. tit. de aedil. ed. §§ 13 — 16. 18 — 19. 38 — 39. — De rebus ad mercaturam pertinentibus vid. *Heise* et *Cropp* jur. Abh. t. Nr. XI.

8) L. 43. § 6. D. *h. t.* (Vid. et L. 25. § 1. D. *de exc. rei jud.*) — Neque vero est, quod in causam magnopere inquiramus hujus praecepti, quippe quod non ad singulare vel venditoris vel emtoris jus referendum sit, quemadmodum vulgo arbitrantur, sed nitro efficiatur, si quidem fieri nequit, ut emtor, cui quidem prorsus nullius sit pretii res, aestimatoria agens minus consequatur, quam re redhibita, rursus autem, cum omne restituitur pretium, ut etiam res redhibeatur juris rationi consentaneum est. Attamen elaborant interpretes in rei, per se expeditissimae, investiganda ratione. Vid. *Glück* XX. p. 147.

9) L. 27. L. 29. § 2. D. *h. t.*

10) L. 29. § 3. L. 30. § 1. D. *h. t.*—Cf. *Glück* XX. p. 85.

11) L. 27. D. *h. t.* — L. 23. § 8. L. 29. § 3. L. 31. pr. L. 58. pr. D. *h. t.*

12) L. 29. § 1. D. *h. t.*

13) L. 45. D. *h. t.*

14) L. 23. § 1. et 7. L. 24. L. 31. § 18. 19. L. 33. § 1. D. *h. t.* (cf. et not. sqq. et L. 25. § 8. D. *h. t.*). — L. 29. pr. L. 25. § 9. 10. *eod.* — L. 26. *eod.*

15) L. 23. § 9. L. 31. § 2. D. *h. t.*

16) L. 1. § 1. L. 23. pr. L. 25. pr. § 1—7. L. 31. § 11—15. D. *h. t.* — *Unterholzner* p. 91. nr. 1.

17) L. 21. § 1. L. 43. § 8. D. *h. t.* — Vid. supra § 271. not. 10. b.

18) L. 38. pr. D. *h. t.* — L. 2. in f. C. *eod.* — L. 19. § 6. D. *h. t* — L. 55. *eod.* — *J. H. ab Aschen* de praescriptione redhibitionis. Goett. 1785.

mensium spatium praescribatur actioni [18]. Ac praeterea Aediles constituerunt, cum, ut ornamentorum non praestitorum nomine (i. e. quod tales non praestitae sunt res, quales propter ornamentorum integumenta apparebant) intra duos menses ad redhibendum agi potest [19], tum vero ob dupli cautionem non interpositam, aut item ad redhibendum intra duos menses experiri liceret emtori, aut intra sex menses id, quanti ejus interesset petere [20]. Caeterum iisdem ex causis, unde actionibus experiri emtori concessum est, etiam agenti de pretio solvendo venditori non rite adimpleti contractus opponi potest exceptio [21].

§ 404.

De universo autem horum remediorum jure haec etiam praecipienda sunt: 1) Plures ejusdem rei emtores, qui quidem in solidum emtionem contraxerunt, etiam actiones, de quibus diximus, in solidum exercent [22]; unius vero emtoris heredes ad redhibendum quidem agere nequeunt, nisi in unum omnes convenerint; at vero de pecunia vel restituenda vel solvenda singuli pro sua quisque parte recte agent [23]. 2) Quodsi plures sunt venditores, nec nominatim pro sua quisque parte rem vendidit, aedilitiae quidem actiones in solidum adversus quemvis locum habent, sic tamen, ut adversus eum potissimum dentur, cujus maxima pars in venditione fuerit; sin plures sunt venditoris heredes, pro rata tantummodo parte adversus quemvis agetur [24]. 3) Non solum accessionum nomine istae locum habent actiones [25], verum etiam propter partes, aut si plures res universim, at tamquam certae species venduntur, propter singulas quoque, quae in ea universitate continentur res [26], hoc pacto, ut, si separari commode nequeant, etiam propter unius vitium omnium nomine agi possit: ut aut redhibeantur, aut ex omnium pretio vel quanti minoris res valeant, vel quanti intersit emtoris, aestimetur [26a]. 4) Potest etiam, donec res redhibita sit, ejusdem rei nomine pluries agi, dummodo non lucrum emtor faciat et forte bis consequatur rei aestimationem [27]. Neque vero 5) venditoris circa vitiorum qualitatumque praestationem eo cessat obligatio, quod vel evicta sit res, vel casu perierit [28]. Denique 6) praetereundum non est, civiles actiones elective, ut ajunt, concurrere cum aedilitiis [29], quod quidem utrumque actionum genus et causa inter se differt at-

19) L. 38. pr. D. *h. t.* — cf. § 402. not. 18.

20) L. 28. D. *h. t.*

21) L. 59. D. *h. t.* — L. 14. D. *de except.* (XLIV, 1.)

§ 404.

22) L. 31. § 10. D. *h. t.*

23) L. 31. § 5. et 6. D. *h. t.* — Ac similis erat causa eorum, quibus ex servi communis emtione res aliqua acquisita esset; L. 31. § 7. *eod.*

24) L. 31. § 10. (not. 22.). — L. 44. § 1. D. *h. t.*

25) L. 31. § 25. L. 32. L. 33. D. *h. t.* — Unde nulla ratione colligitur, earum accessionum nomine, quae sponte accedant, locum non esse aedilitiis actionibus; (vid. v. c. *Neustetel* p. 165. et p. 204.) nam ad rerum universitates hoc fr. pertinet (cf. supra § 398. not. 6.). — Caeterum et quomodo inter se sint conciliandae L. 27. et L. 54. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.), quaeri solet. Et mihi quidem videtur, ex eo omnia pondere, quod in posteriori loco dolia, quae infossa essent, accedere fundo, dictum sit; unde tacite inter se convenisse videntur contrahentes, dolia esse praestanda, qualiacunque sint.

26) Vid. supra § 398. not. 6.

26a) Cf. inter se hi loci: L. 25. (*verb.*: «Eandem rationem» *rel.*). — L. 34. L. 35. L. 36. L. 38. §§ 12—14. L. 39. L. 40. L. 64. § 1. D. *h. t.* — *Unterholzner* p. 96. nr. 8. — Cf. *Gesterding* in Zeitschr. f. Civilr. u. Prozess. T. VI. p. 42 sqq. Nr. 6.

27) L. 31. § 16. L. 48. § 7. D. *h. t.* — L. 32. § 1. D. *de evict* (XXI, 2.) — Cf. L. 25. § 1. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.)

28) a) L. 44. § 2. D. *h. t.* — L. 16. § 2. D. *de evict.* (XXI, 2.) (cf. *Neustetel* p. 240—242. — b) L. 47. § 1. L. 48. pr. D. *h. t.*

29) Scil. si utriusque actionum generis conditiones in una concurrant causa. Cf. L. 11. § 7 — 12. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 44. § 1. D. *h. t.* (vid. et § 402. not. 1 — 3. et cf. *Unterholzner* p. 86. nr. 1.).

que conditione agendi, et ipsarum actionum vi et potestate, et temporis spatio, quo non utendo amittuntur [30]).

§ 405. V) *De pactis, quae adjici solent emtionibus.* A) *In diem addictio* (*).

In diem addictio fit, cum ita contrahitur emtio, ut meliore intra aliquod tempus oblata conditione, aut a perfecta discedere emtione, aut non perficere emtionem, liceat venditori [1]). Igitur aut pure contrahitur emtio, at resolvitur ex conditione, idque esse actum inter contrahentes, plerumque aestimandum est [2]); aut proprie est conditionalis emtio (not. 1.). Quodsi itaque pura est emtio, tamquam dominus re utitur fruitur emtor, at idem etiam casus periculum sustinet [3]); quod quidem secus est, si sub conditione emtio contrahitur [4]). Jam vero, cum meliores offeruntur conditiones, et in venditoris fere arbitrio est, utrum acciperc illas an priores sequi malit [5]), et emtori licet, suscipiendo quas alius obtulit conditiones, velut de integro contrahere cum venditore [6]). At si receditur ab emtione, venditor pretium cum usuris, nec non quae necessario in rem erogavit emtor, hic vero rem una cum commodis inde perceptis debet restituere [7]).

§ 406. B) *Lex commissoria* (*).

Recte etiam commissoria lex emtionibus adjicitur, id efficiens, ut, si in venditionis legem alter contrahentium commiscrit, inemta sit res [1]). Plerumque autem venditoris gratia adjicitur lex commissoria, atque hoc pacto, ut intra certum tempus non exsoluto pretio, ab emtione recedere liceat venditori [2]), alia etiam nonnunquam insuper addita emtoris poena [3]). Praeterea, si commissoria lege

30) a) Nunquam enim, qui aedilitiis utitur actionibus, de venditoris scientia vel etiam culpa necesse habet conqueri; contra vero, cum de ipsorum vitiorum natura ac qualitate quaeritur, latius etiam patet ex emto agendi jus, quam ex Aedilium edicto. Cf. L. 1. § 9. in f. L. 4. pr. D. *h. t.*—b) Vid. § 403. not. 1—3. et supra in contextu nr. 2.—c) Ex emto actiones perpetuae sunt (vid. Iam. § 402. not. 1. et *Unterholzner* l. l. p. 103.), ex Aedilium edicto temporales (§ 403. not. 18—20.).

§ 405.

(*) Dig. (XVIII, 2.) *de in diem addictione.*

1) L. 1. L. 2. pr. D. *h. t.* — Fieri etiam hoc modo potest in diem addictio, ut certum tempus, intra quod meliores conditiones accipere liceat, haud definiatur (L. 41. D. *de R. V.* VI, 1.); — At vide *Schweppe* das Röm. Privatrecht. ed. 4, T. III. § 536. — quo facto etiam intra triginta annorum spatium, inde a melioris conditionis oblatione computandum, jure suo uti potest venditor (*Thibaut* Besitz u. Verjähr. p. 125. § 43. in f.), nisi si ante jam usucapta est res ab emtore (not. 3.). Quid vero sit: meliorem conditionem offerre, vid. L. 4. § 6. L. 5. D. *h. t.* — Caeter. cf. L. 14. § 5. L. 15. § 1. *eod.* — *Westphal* vom Kauf etc. § 722.

2) Cf. L. 1. D. *h. t.* et L. 2. § 4. D. *pro emtore.* (XLI, 4.)

3) L. 41. D. *de R. V.* (VI, 1.)—L. 2. § 1. et L. 3. L. 6. pr. D. *h. t.* — L. 2. § 4. D. *pro emt.* (XLI, 4.)

4) L. 4. pr. D. *h. t.* — L. 8. pr. D. *de per. et c. rei vend.* (cf. § 398. not. 2. in f.)

5) L. 9. D. *h. t.* — Necesse etiam plerumque est, ut pure accipiantur novae conditiones L. 11. pr. D. *h. t.* — De pluribus vero eandem rem vendentibus, neque tamen de meliore conditione accipienda inter se consentientibus, vid. L. 11. § 1. L. 12. et 13. D. *h. t.*

6) L. 7. et 8. D. *h. t.* — Cf. et L. 6. § 1. *eod.* — (*Best* rat. emend. leg. XVII, 1.)

7) L. 4. § 5. et 4. L. 6. pr. L. 16. D. *h. t.*—*Voet* ad Pand. tit. de in d. add. § 5.

§ 406.

(*) Dig. (XVIII, 3.) *de lege commissoria.* — *J. Wilkens* de lege commissoria emtionis venditionis. Gott. 1786.

1) L. 4. pr. D. *h. t.* — Quocum commisceri non debet jus venditoris, propter moram emtoris iterum vendendi res, periculo tamen emtoris; quod quidem jus venditori competit, licet ea de re nihil cautum sit: Arg. L. 1. § 3. in f. L. 4. D. *de peric. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) — Cf. § 373. not. 9. — *E. F. Souchay* in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. Nr. XIII.

2) L. 2. L. 4. pr. L. 5. L. 6. L. 8. D. *h. t.*

3) Velut «ut si venditor eundem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id a priore emtore exigat.» L. 4. § 3. D. *h. t.*

res venierit, sub resolutiva conditione contractam esse emtionem, existimandum est, nisi de alia contrahentium mente certo constet [4]). Jam vero commissa lege[5]) statim venditor constituat, utrum ex commissorio pacto agere [6]), an emtionem sequi velit, nec potest, cum alterum elegit, postea variare [7]). Quodsi prius elegit, res ei restituenda est cum accessionibus fructibusque, quos interim emtor percepit, qui quidem et arrham, si quam dedit, amittet, nec non damnum ipsius culpa rei importatum resarcire necesse habebit [8]). At ipsi pretium aut reddendum est, aut cum fructibus compensandum [9]).

§ 407. C) *Reliquorum pactorum emtionibus adjici solitorum commemoratio.*

Ex eorum, quae alioquin adjici solent emtionibus, pactorum numero, memoratu maxime digna haec sunt : 1) Quae de casu vel suscipiendo vel praestando incuntur tum etiam de culpa; quibus quidem a natura negotii receditur, s. ab co, quod ex legum praecepto invicem praestandum est ab ementibus vendentibusque [1]). 2) Pacta de evictione, tum de vitiis qualitatibusque vel praestandis vel non praestandis [2]). 3) Pacta, quibus de pretio solvendo prospicit sibi venditor; quo in genere inprimis sunt hypothecae pactum, nec non reservati dominii [3]); quod si itaque fides quidem de pretio habita est emtori, at donec totum exsolvatur, dominium sibi retineri conservarique venditor paciscitur [4]), nihilominus casus periculum spectat ad emtorem, siquidem non emtio est conditionalis, sed traditio demum sub conditione perficitur [4a]). 4) Pactum, quod vocant protimeseos; quo quidem id agitur, ut, si quandoque rursus vendatur res, non alii, sed ipsi venditori distrahatur [5]). Jam vero, cum ab alio conditiones offeruntur, aut easdem implere, aut a pacto recedere venditorem oportet [6]). Quodsi res ei haud denuntiatur, de eo, quod interest adversus priorem emtorem, personali actione experiri poterit [7]); ab extraneo autem rei possessore, nisi eo nomine jus sibi in

4) L. 1. D. *h. t.* — L. 2. § 3. D. *pro emtore.* (XLI, 4.) (*Glück* Pand. XVI. p. 273 sqq.) — Igitur, facta traditione, ad emtorem statim dominium pertinet vel certe civilis possessio (L. 1. C. *de pact. inter emt. et vendit.* (IV, 54.) — L. 2. in f. D. *h. t.*); at idem plerumque ipso jure redintegratur venditori, eveniente conditione. Cf. supra § 271. not. 5. 6. et § 339. nr. 6. et not. 13 — 16.

5) Committitur lex, si quidem certum est solutionis tempus praefinitum, ipso jure simulatque venit dies : sin secus, non nisi post interpellationem factam. Ac praeterea id etiam requiritur, ut non ex venditoris persona impeditum sit, quo minus justo tempore fieret solutio. Cf. L. 4. § 4. L. 8. D. *h. t.* — L. 7. C. *de pact. inter. emt. et vendit.* (IV, 54.) — L. 10. § 1. D. *de resc. vend.* (XVIII, 5.) et supra § 371. not. 11. 14. — Vid. etiam L. 51. § 1. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

6) Quae quidem actio ex vendito est, vel praescriptis verbis L. 6. § 1. D. *de ctr. emt.* — L. 2. C. *de pact. int. emt. et venditor.* (IV, 54.) (cf. § 344. not. 2. nr. 1.)

7) L. 3. L. 4. § 2. L. 7. D. *h. t.* — L. 4. C. *de pact. int. emt. vendit.* (IV, 54.) — Vid. et L. 6. § 2. *eod.*

8) L. 3. L. 6. pr. et § 1. L. 4. pr. D. *h. t.*

9) Cf. L. 6. C. *de pact. int. emt. et vendit.* (IV, 54.) — L. 4. § 1. D. *h. t.* — Aliter alii rem explicant, velut *G. S. Madihn* de effectu legis commissoriae parte pretii soluta *rel.* Hal. 1755. (et in exercit. Halens. nr. 5.). Sed. vid. *Glück* Pand. XVI. p. 289 (nr. 2.) — 294.

§ 407.

1) Cf. supra § 353. in f. § 363. nr. 5. ibiq. not. 13 — 15.

2) Cf. § 399 not. 6. 14. 15. § 401. not. 11. § 402. not. 14 — 19. § 403. not. 4.

3) Cf. a) L. 1. § 4. L. 2. D. *de reb. eor., qui sub tut. vel sub cura sunt.* (XXVII, 9.) — b) L. 16. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) — L. 20. D. *de prec.* (XLIII, 26.) — Vid. supra § 323. init. et not. 1. 2. et omnino de pact. reserv. dom. *de Geyso* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. V. Nr. XI. et *Duncker* Rhein. Mus. T. V. Nr. IV.

4) Dissent. *Muller* in Archiv f. civ. Pr. XII. diss. XIII. et *ej.* civilist. Abhandl. Nr. VII. — At vid. scripta not. praeced. laudd. et A. L. Z. anni 1835. Nr. 70. col. 558.

4a) Aliorum opiniones vid. ap. *Glückium* Pand. XVI. p. 232 sqq.

5) L. 75. D. *de ctr. emt.* — L. 21. § 5. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 122. § 3. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

6) L. 4. C. *de j. emphyt.* (IV, 66.) — L. 122. § 3. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

7) L. 75. D. *de ctr. emt.* — L. 122. § 3. C. *de V. O.* (XLV, 1.)

re constitui curaverit, nihil petit [8]) : atque hoc vel maxime est, quod differat inter jura protimeseos et retractus [9]); de quo quidem plura sunt praecipienda in patrii juris disciplina. Caeterum non pactis solum, verum et testamento et lege potest hoc jus constitui [10]). Neque vero cum protimeseos pacto commisceri debet, 5) pactum de retrovendendo vel de retroemendo, quippe in quo hoc insit, ut, quamvis alii rem vendendi nec voluntas nec occasio adsit, tamen emtor cogi possit, ut rursus vendat rem venditori, vel etiam venditor, ut retro rem sibi emat [11]). Jam si retrovendenda est rex ex pacto, nec inter se de pretio convenerunt contrahentes, judicis officio quanti res est statuendum erit, qui quidem et impensarum et accessionum ex aequo et bono rationem habebit; quodsi certum venditionis pretium constituerunt partes, nec impensarum ratio habenda est, hoc pacto, ut, nisi ultra dimidium laesus sit, qui prior emit, impugnari nequeat secunda venditio [12]). Exstinguitur autem jus retrovendendi, nisi certo temporis spatio conclusum est, intra triginta annos, inde a contracta priore venditione computandos [13]). Facili vero negotio a retrovendendi pacto distinguitur 6) displicentiae, ut vocant, pactum, quo convenit, ut, si displicuisset, inemta sit res, quod quidem sub resolutiva conditione initum esse pactum videtur [14]). Unde actio nascitur vel ex vendito, tum etiam redhibitoria, vel praescriptis verbis [15]), plerumque intra sexaginta dies utiles exercenda, nisi aliter de tempore statuerunt contrahentes [16]). Denique 7) non plane sunt silentio praetermittendae conventiones; quibus aut certae subjicitur poenae, qui in legem contractus commiserit [17]), aut usus rei certis circumscribitur finibus [18]), aut convenit, ut venditor locationis aliove jure etiam teneat rem, eave utatur fruatur [19]), aut de accessionibus rei cavetur [20]).

§ 408. VI) *De rescindenda venditione* (*).

Rescinditur emtio venditio 1) iis ex causis, quae liberum consensum impe-

8) Vid. quae supra de pacti de non alienando vi atque potestate scripta sunt (§ 270. nr. 1. in f. nr. 7—9.).

9) *G. S. Madihn* de jure protimeseos ejusque a jure retractus discrimine. Hal. 1758. (et in ejusd. exercitt. Halens. Nr. 7.).

10) Vid. a) L. 16. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) (supra § 171. not. 7.). — Caeterum vid. L. 14. C. *de ctr. emt.* (IV. 38.) *Glück* Pand. XVI. p. 174 sqq. — b) L. 7. et 8. D. *de in d. add.* (XVI, 2.) — c) L. 1. in f. C. *de metallariis.* (XI, 6.) — d) L. 3. C. *de jure emphyt.* (IV, 66.)

11) L. 12. D. *de praescr. verb.* (XIX. 5.)—L. 2. C. *de pact. int. emt. et venditor.* (IV, 54.) — *Leyser* med. ad Pand. sp. 191. —Cf. et *Glück* Pand. XVI. p. 202. nr. b. — [Cod. Nap. 1659—1673.]

12) At varie de hocce argumento sentiunt interpretes. — Cf. *Leyser* sp. 191. m. 9—16. — *Glück* l. l. § 999. p. 218 — 224. — Caeterum nihil eo nomine consequetur emtor, quod onera rei adhaerentia, dum possidebat, praestitit. — *Leyser* sp. 191. m. 13. et 18.

13) De qua quaestione varias collegit interpretum sententias *Glück* l. l. § 998. p. 206—218.

14) L. 3. D. *de contr. emt.* — L. 2. § 5. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — L. 4. C. *de aedil. actionib.* (IV, 58.) — At potest etiam sub conditione ita contrahi, ut, si placuerit res, emta sit; § 4. I. *de emt. et vend.* Vid. supra § 397. not. 9.

15) L. 6. D. *de resc. vend.* (XVIII, 6.) — L. 4. C. *de aedil. ed.* (IV, 58.) (cf. § 406. not. 5.).

16) L. 31. § 22. 23. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — *Neustetel* röm. rechtl. Unters. p. 199 sq.

17) Cf. v. c. L. 47. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 1. et 5. C. *h. t.* (IV, 54.).

18) Vid. L. 56. D. *de ctr. emt.* — T. T. D. *de servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contra.* (XVIII, 7.) — L. ult. C. *h. t.* (IV, 54.). § 270. not. 8. — Vid. et TT. TT. C. IV, 55—57.

19) Vid. v. c. L. 75. D. *de ctr. emt.* — L. 21. D. *loc. cond.* (XIX, 2).

20) Cf. supra locum, qui est de pertinentiis, § 226. et ibi inprimis not. 12. et 13.

§ 408.

(*) Dig. (XVIII, 5.) *de rescindenda venditione, et quando licet, ab emtione recedere.* — Cod. (IV, 44.) *de rescindenda venditione.*

diunt [1]); 2) ex pactis adjectis, id efficientibus, ut etiam invito altero ab emtione recedere liceat [2]); 3) redhibitoriae actionis propter vitia qualitatesve usu(§ 405.); denique 4) ob immodicam laesionem, nt vocant. Et cum jam olim obtinuisset, ut propter nimiam inter pretium et mercedem inaequalitatem, judicis arbitrio aut rescinderetur emtio, aut alio modo corrigeretur iniquitas [3]), postea tamen certior comprobata est ratio duobus Impp. Diocletiani et Maximiani rescriptis, id sancientibus, ut ad rescindendum contractum venditor, qui minus dimidia veri pretii parte accepisset, quod quidem venditionis tempore fuerit, agere posset, sic tamen, ut eligat emtor, utrum a venditione recedere, an tantum reddere velit, quantum desit justo pretio [4]). Quod praeceptum cum ob aequi rationem, tum vero maxime propter eam, quae judiciis responsionibusque de singulis causis et quaestionibus inest, naturam (§ 66. nr. 2.), et ad emtoris jus plerique referunt, et ad omnes, inter quos de re aliqua vel usu ejus titulo oneroso transferendis convenit[5]). Necessariae autem hujusce juris conditiones hae sunt: primum, ut ultra dimidium laesus sit vel emtor vel venditor, i. e. ut altero tanto amplius dederit ille, quam ipse vicissim acceperit[6]); deinde, ut certo etiam constare possit de laesione, unde sponte apparet, in ejusmodi emtionibus, quibus alea insit, quaeri non posse de laesione ultra dimidium [7]). Actio, qua utitur laesus, ex emto vendito est [8]), cui quidem natura tribui solet in integrum restitutionis [9]). Quemadmodum igitur adversus tertium rei possessorem locum non habet actio ad rem restituendam [10]): sic nec ipso jure onera exstinguuntur, quae interim rei imposita sunt [11]); fructuum autem medio tempore perceptorum, tum etiam accessionum nomine, ex aequo et bono judex providebit, ne inique lucrum alter cum alterius detrimento ferat [12]). Quoniam vero ex lege est haecce in integrum restitutio, tempore non excluditur, nisi triginta annorum spatium transactum sit [13]). Ac praeterea cessat agendi jus cum ex pacto [14]), quod quidem tacite videtur in-

1) L. 1. et 8. C. *h. t.* — L. 5. et 10. *eod.* — L. 57. D *h. t.* — Cf. § 163. not. 3. § 164. not. 3. § 336 — 358.

2) Cf. T. T. C. *quando liceat, ab emtione discedere.* (IV, 45.) — L. 3. C. *h. t.* — L. 6. *eod.* — «Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam emtionem urgeri non debet.» — Cf. § 344. in f. et §§ 405. 406. 407. nr. 4—6.

3) Arg. L. 12. § 1. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — L. 79. D. *pro soc.* (XVII, 2.)—Cf. et L. 2. D. *depos.* (XVI, 3.)

4) L. 2. et 8. C. *h. t.* — *M. G. Wernher* (resp. *Zindel*) de laesione enormi contractus et inprimis venditiones rescindente. Erl. 1762. — *J. G. Daries* (resp. *Kubsch*) de interpretatione et extensione L. 2. C. *de resc. vend.* Traj. ad Viadr. 1775. — *J. S. T. Gehler* de laesione emtoris ultra dimidium recte computanda. Lips. 1777. — *H. J. Lienau* de natura ac indole actionis, quae ob laesion. enormem conceditur, Goett. 1782. — Aliorum scripta consignata invenies apud *Glückium*. Pand. XVII. § 1028. not. 26. — [Cf. et *Pothier* du contrat de vente. Nr. 331. — *Merlin*, Répertoire *voce* Lésion. — Cod. Nap. 1674—1685.]

5) Vid. v. c. *Daries* s. *Kubsch*. l. l. § 2— 16. Dissent. *A. D. Weber* von d. nat. Verb. § 41. p. 116 sq. — Aliorum JCtorum, aut communem sententiam defendentium aut contra sententium scripta attulit *Glück* Pand. XVII. § 1028. p. 27—54. et § 1032. p. 120 — 125. — Cf. etiam Landr. für die Preuss. Staaten Th. I. Tit. XI, § 58—69.

6) Vid. inprimis *Gehler* l. l. § 7 sqq. — Dissent. *Daries* § 17 sqq. — At mirum, quantum haec quaestio inde a Glossatorum aetate JCtorum ingenia exercuit. — Vid *Glück* l. l. p. 35—50.

7) Arg. L. 8. § 1. D. *de contr. emt.* — L. 10. 11. D. *de h. v. a. v.* (XVIII, 4.)

8) Arg. L. 11. § 3. 5. et 6. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Cf. § 344. not. 2. nr. 1. — Dissent. *Lienau* l. l. § 9 sqq.

9) *Glück* l. l. § 1029. p. 71. — Vid. sup. § 158. not. 7. — Cf. *St. S. Wloemen* de laesione ultra dimidium peremta re ab emtore non praestanda. Giess. 1762.

10) Vid. § 160. not. 10. 11. et *Glück* l. l. § 1031. p. 112 sqq.

11) Vid. § 271. nr. 4. et ib. not. 8. — Ex causa tamen fieri potest, ut de restituenda rei libertate experiundi jus sit venditori. Arg. L. 9. § 7. in f. D. *qu. m. c.* (IV, 2.) et L. 43. § 8. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.)

12) L. 22. § 1. D. *ex quib. c. maj. i. i. rest.* (IV, 6.)—L. 23. § 2. L. 28. in f. *eod.* — L. 40. § 1. D. *de min.* (IV, 4.) — Cf. *Glück* l. l. § 1031. p. 105—108.

13) *Westphal* vom Kauf etc. § 810. (cf. supra § 160. not. 3—5.).

14) Arg. L. 29. C. *de pact.* (II, 3.)

tervenisse, cum non ignoravit verum rei pretium, qui laesus est [15]), tum vero testatoris decreto, scil. viliori pretio ab onerato aliquo rem esse vendendam statuentis [16]).

TIT. II. DE PERMUTATIONE.

Dig. (XIX, 4.) et Cod. (IV, 64.) *de rerum permutatione.*

§ 409.

Est naturalis quaedam inter emtionem et venditionem atque permutationem cognatio [1]), unde conveniens videtur, maxime in forensi civilis juris tradenda disciplina utramque etiam loco inter se jungi. Est autem permutatio ex Romanorum quidem disciplina ei adsignanda contractuum generi, quorum vis omnis a rei datione incipit [2]); at cum nostris moribus etiam pactum de permutando perfectam in se habeat obligandi vim (§ 342. not 9.), permutationem dixerim : conventionem de rebus vicissim mutandis initam [3]). Haec vero potissimum sunt, quae, quod ad vim attinet atque effectum negotii, inter emtionem differant, et permutationem : 1) Rebus non divenditis, sed permutatis, impeditur, quo minus exerceri possit protimeseos jus vel retractus [4]). 2) Etiam perfecta de rebus permutandis conventione, tamen ipsarum rerum periculum ad dominum spectat [5]). Rursus autem 3) re simpliciter tradita, statim transit dominium ad accipientem, licet hic nondum impleverit conventionis legem [6]). Plura etiam fuere Romano jure [7]), in eisque potissimum jus poenitendi, quo quidem alteri et citra alterius moram uti licebat [8]); quod, quoniam cum contractuum indole Romanorum propria cohaeret, nostris moribus sponte exolevit [9]). Neque dubitandum, quin ea quoque, quae aut de evictione, aut de vitiis qualitatibusque praestandis, aut de pactorum adjectorum jure, aut de rescissione negotii propter laesionem ultra dimidium in emtionibus praecepta sunt, quoad id quidem fieri potest, etiam in rerum permutationes conveniant [10]).

15) Arg. L. 11. C. *h. t.* — L. 9. C. *de a. e. v.* (IV.49.) — L. 145. L. 203. D. *de reg. jur.*

16) L. 49. § 9. *de leg.* I.— L. 70. § 1. in f. *de leg.* II.

§ 409.

1) L. 1. pr. et § 1. D. *de ctr. emt.* — *Dirksen* Beitr. z. Kunde d. R. R. p. 81—83. nr. B. Vid. infra not. 10.

2) L. 5. § 1. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — L. 1. § 2. D. L. 3. C. *h. t.*

3) Cf. *Weber* ad *Hoepfner* § 802. not. 6. nr. 1. — Cf. *Gluck* Pand. XVIII. p. 112 — 116. — Caeterum non solum dominia rerum permutantur, ad quod quidem permutationum genus plerumque praecepta sua referunt juris nostri auctores, verum etiam alia jura, velut nomina (cf. L. 4. § 3. D. *de praescr. verb.* XIX, 5.).

4) Fieri enim nequit, ut prorsus easdem is, ad quem istiusmodi jura spectant, in se recipiat conditiones, quas implere ille necesse habet, ad quem permutatione transeat res. At sunt qui nobiscum dissentiant. — Vid. *Glück* Pand. XVI. p. 090. nr. III. p. 160 sqq.

5) L. 16. D. *de c. c. d. c. n. s.* (XII, 4.) — Vid. § 362. not. 4. in f. et not. seq.

6) Quemadmodum enim emtoris ad periculum praestandum obligatio (§ 397. not. 2.), sic etiam illud, quod sola rei traditione, licet pure facta, dominium non transeat ad emtorem, in singularibus emtionum venditionum juribus habendum est.

7) Vid. L. 1. § 1. in f. D. *de ctr. emt.* — L. 1. D. *h. t.* — Cf. supra § 344. not. 8. 9.

8) L. 5. § 1. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — Cf. L. 1. § 4. D. *h. t.* — L. 4. et 7. C. *eod.* — Quo etiam respicit *Gordiani* imp. rescriptum L. 1. C. *h. t.* Vid. *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. Nr. XXIII.

9) Vid. § 344. in f. — Dissent. *v. Wening-Ingenheim* Lehrb. d. gem. Civ. R. Bd. II. § 192. nr. 3. et *Marezoll* l. l. p. 462.

10) L. 2. C. *h. t.* «Permutationem, utpote — bonae fidei constitutam, — vicem emtionis obtinere, non est juris incogniti.» — a) L. 1. § 1. L. 2. D. *h. t.* — L. 19. § 5. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) (vid. supra § 398. not. 14.). — b) § 408. not. 3. et cf. *Zindel s. Wernher* de laesione enormi contr. resc. § 28. et *Kubsch s. Daries* de interpr. — L. 2. C. *de resc. vend.* § 12. 13.

CAPUT VI.

DE CONVENTIONIBUS, QUIBUS AD USUM RERUM FACTORUMQUE PRAESTANDUM ALTER ALTERI OBLIGATUR, S. DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Inst. (III, 24. [25.]). Dig. (XIX, 2.) *locati conducti.* Cod. (IV, 65.) *de locato et conducto.* — *Fr. Brummerus* de locatione et conductione (in opusc. p. 375 — 452.). — *Pothier,* Traité du contrat de louage (in Opp. ed. *Dupin.* T. III. p. 231—441.).—*E. C. Westphalii* operis supra (huj. edit. p. 374.) laudati P. II. p. 333—654.

§ 410. *Locationis conductionis* I) *Notio, species et conditiones necessariae.*

Locatio et conductio est contractus, qui consensu perficitur, quique in eo versatur, ut alter res vel facta, eaque locari solita, alteri pro certa mercede praestet utenda [1]). Igitur, qui res vel facta praestat utenda, locator, qui iisdem utitur, conductor plerumque [2]) vocatur, tum vero colonus, inquilinus, publicanus [3]). Jam vero necessaria sunt in locatione et res, quae locetur, et pretium, quod pro usu rei detur. Et I) res quidem locari possunt omnes, quaecunque hominum usibus subjiciuntur, nec vero usu consumuntur, incorporales quoque [4]), tum etiam facta, scil. ex eo genere, quae locari solita sunt, certaque mercede praestantur. Quodsi locari haud sunt solita, veluti ut servus manumittatur, praescriptis verbis actione, vel maxime simili mandati, ad implendam promissionem erit agendum [5]); sin liberales operae praestandae sunt, ad rem quidem perficiendam mandati actione agetur [6]), ad consequendum vero honorarium [7]) is, qui liberalem artem pro alio suscepit exercendam, extraordinaria utetur actione [8]), quae quidem re ipsa contrariae mandati actionis similis est. Caeterum ob operarum locatione maximopere etiam differt operis locatio conductio, cum nominum et verborum, tum ipsius rei vi ac potestate [9]). II) Alterum est, quod necessarium esse diximus in locatione et conductione, merces, s. pensio, pretium, manupretium [10]); quod quidem, item ut in emtionibus, et numerata pecunia consistere, et verum, et certum, et justum esse debet [11]). Quodsi quidem pecunia est in praestatione, nec tamen summa definita, praescriptis verbis erit agendum [12]), itemque, si aliud quid, pro pecunia, praestan-

§ 410.

1) L. 2. D. *h. t.* — De loquendi formula, quae in jure canonico obvia est: *ad firmam fructus dare,* vid. *J. H. Boehmer* in annot. 42. ad c. 2. X. *de loc. et cond.* III, 18. et *Gluck* Pand. XVII. § 1044. not. 2.

2) Nam vid. infra not. 9.

3) L. 24. § 1. L. 25. § 2. D. *h. t.*—L. 1. § 1. D. *de publicanis.* (XXXIX, 4.)

4) L. 12. § 2. D. *de usufr.* (VII, 1.) — L. 2. in f. L. 4. pr. D. *de usu et habit.* (VII, 8.)—§ 5. I. *eod.* (II, 5.)

5) L. 5. § 2. D. *de praescr. verb. act.* (XIX, 5.)

6) L. 9. C. *mandati.* (IV, 35.)—L. 8. § 1. D. *eod.* (XVII, 1.)

7) Cf. *A. Fr. Trendelenburg* D. de honorario ejusque a mercede discrimine. Chilon. 1775.

8) L. 1. pr. § 1. D. *de extraord. cognit.*—L. 13. L. 1. § 6. *eod.* (cf. § 7. *eod.*). — L. 1. § 11 sqq. *eod.* —L. 1. in f. C. *mandati.* (IV, 35.) — At vero impensarum, tum vero obligationum a se susceptarum nomine contraria mandati actione experiri procuratores poterant. L. 4. C. *mandati.*—L. 45. D. *eod.* (Vid. et infra § 432—434. et *G. F. Faber* (Pr. *A. Michaelis*) de mercatura procuratoria. Tub. 1820. 8. § 8.)

9) L. 13. § 1. D. *h. t.* («Si navicularius onus — vehendum *conduxerit.*» Cf. ejusd. L. § 3.)—L. 22. *eod.* («Cum *insulam aedificandam loco,* ut *sua impensa conductor omnia faciat,* proprietatem quidem eorum ad me transferi, et tamen locatio est: locat enim artifex operam, i. e. faciendi necessitatem.») — L. 25. § 7. L. 30. § 3. L. 48. pr. L. 60. § 8. D. *eod.*—L. 29. *eod.* («—Redemtor—». Vid. *Auctor.* Cession p. 353. ed. 2.)—Cf. et infra § 416.

10) L. 30. § 3. D. *h. t.*

11) L. 46. D. *h. t.* — L. 10. § 2. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — § 1. I. *h. t.* — L. 25. pr. D. *h. t.* — Cf. *Gluck* Pand. XVII. § 1049. p. 538—544.

12) § 1. I. *h. t.* — L. 22. D. *de pr. verb. act.* (XIX, 5.)

dum esse inter contrahentes convenit [13]), praeterquam si aut certa fructuum quantitas pensionis loco praestanda est ex fundo locato [14]), aut incerta pars, quam partem quotam vocant; quo facto *partiarius colonus* dicitur conductor, qui quodammodo etiam societatis jure locatori tenetur [15]). Ac multo minus jus ex locatione oriundum eo impeditur, quod de transmutando pretio postea convenit [16]).

§ 411. II) *Personae contrahentium.*

Quicunque conventionibus obligantur, etiam locationem et conductionem contrahere possunt. Prohibentur tamen 1) tutores ac curatores, donec rationes reddiderint, a fiscalium praediorum, tum etiam patrimonialium principis conductione [1]); 2) milites, decuriones, clerici, ab his quidem conductionibus, tantum non omnibus, quas negotiatorias vocare solent [2]). Contra vero publicani, ut iterum conducerent vectigalia, cogi nonnunquam poterant [3]).

§ 412. III) *Quomodo contrahatur locatio conductio.*

Forma autem nulla praescripta est hujusmodi contractibus, quippe qui solo perficiantur consensu [1]). Possunt et pacta adjici, quibus jus, quod naturaliter inest locationi et conductioni, mutatur vel propius definitur, velut commissoria lex (§ 406.), tum pactum de casu vel suscipiendo vel praestando (§ 362. nr. 5. not. 12—15.), et quae ex eo genere similia sunt [2]).

§ 413. IV) *De iis, quae propria sunt locationis et conductionis rerum;* A) *de rebus, quae locentur.*

Non solum res ipsae, quae dominio subjiciuntur, locari possunt, verum etiam servitutes, aliaque jura, quae in re aliena ita competunt, ut ipsam rem habere ei liceat, ad quem pertinet jus [1]), sic tamen, ut praediorum servitutes

13) L. 1. § 9. D. *depos.* (XVI, 3.) — L. 5. § 2. D. *de pr. verb. act.*—§ 2. I. *h. t.*
14) L. 8. et L. 21. C. *h. t.*
15) L. 25. § 6. D. *h. t.* (« — partiarius colonus quasi societatis jure, et damnum, et lucrum cum domino fundi partitur. ») — Cf. *Brummer* l. l c. III. § 18.— *Noodt* ad Pand. Tit. XIX, 2. §. *Hucusque* p. m. 331. (opp. T. II.). — Cf. et *Gesterding* Ausbeute IV. diss. III.
16) Cf. L. 19. § 3. D. *h. t.*

§ 411.

1) L. 49. pr. et § 1. D. *h. t.*— L. un. C. *ne tutor vel cur. vectigalia conduc.* (V, 41.)
2) L. 31. et 35. C. *h. t.* — L. 30. C. *eod.* — Nov. 123. c. 6.— Cf. et L. un. C. *quib. ad conduction. praed. fisc. acc. non lic.* (XI, 72.)— Cf. et *Marezoll* Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. III. diss. XIX. — Vulgo etiam addunt: eos, qui cum strepitu artem suam exerceant, juxta literatorum aedes sibi conducere habitationes prohiberi, scil. arg. L. un. C. *de stud. lib.* (XI, 18.) — Sed vid. *Gluck* Pand. l. l. § 1046. p. 304 sqq. nr. 6.
3) L. 11. § 5. D. *de publ.* (XXXIX, 4.) — At vero contraria ratione fit, ut veteres fundorum publicorum possessores novis praeferantur conductoribus, L. 4. C. *de locat. praed. civ. v. fisc.* (XI, 70.)

§ 412.

1) Tit. Inst. *de obl. ex consensu.*—Pr. I. *de loc. et cond.*— Caeter. vid. L. 13. in f. D. *h. t.*—L. 32. C. *eod.* — *Marezoll* Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. III. p. 280 sqq. (nr. 1. et 2.).
2) Vid. v. c. § 405. § 407. nr. 1. 2. 7. § seq. not. 6. § 415. not. 2. in f. et not. 7. in f.

§ 413.

1) Velut jus ususfructus, emphyteusis, aliaque horum similia. Cf. § 410. not. 4.

non nisi cum ipsius praediis aliorum usibus relinquantur [2]). Quemadmodum autem et propriae rei conductio est [3]), eorum vel maxime jurium ratione, quae alii ea in re competunt [4]), sic contra et alienae rei locatio fieri poterit, tum a creditore pigneratitio [5]), tum ab ipso conductore [6]); quam quidem sublocationem vocant [7]). Quae tamen hanc non habet vim, ut jus transferatur aut ex priore locatione ad secundum conductorem aut ex sublocatione ad primum locatorem [8]), verum utraque obligatione in suo statu manente ac suis cujusque propriis stante terminis, id tantum tribuitur primo locatori, ut ipsi etiam in eam summam, quam primus conductor debeat, secundi solvi possit pensio, hujusque adeo res in aedes coenaculaque conducta illatae hoc ei nomine tacite obligentur [9]).

§ 414. B) *Jus ex hujuscemodi locatione oriundum.*

Obligatio et actio ex locatione oriunda utrimque est directa, scil. locati et conducti [1]), unde cum ea petuntur, quae vicissim ex conventione praestanda sunt, tum vero, ut damnum resarciatur, quod alter alteri dolo dedit, vel levi culpa[2]). Praeterea I) locator et rem locatam praestare debet conductori una cum accessionibus [3]), et liberum illius usum [4]), hoc pacto, ut, etiamsi casu impediatur, quo minus recte uti conductor possit, tamen partem mercedis locator remittere cogatur tantam, quantam ex aequo et bono judex statuerit [5]). Quemadmodum autem cessat remissionis obligatio aut propter leviora damna [6]), aut ex pacto[7]), aut fructuum jamjam perceptorum eorumque casu deperditorum aliarumque rerum nomine, quarum dominium spectat ad conductorem [8]), aut propter alio-

2) Cf. *G. A. Struvii* D. de admodiatione. Jen. 1683. et *Glück* Pand. XVII. p. 313. (Vocant *admodiationem*, cum praedium una cum juribus ei adhaerentibus locatur).

3) L. 35. § 1. D. *h. t.* — Caeter. vid. et L. 20. D. *eod.* «Qui rem propriam conduxit, existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem contractum facit.»

4) L. 37. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — L. 29. pr. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* (VII, 4.)

5) L. 53. pr. D. *de pignorib.* (XX, 1.)

6) L. 6. C. *h. t.* (« — si nihil aliud convenit.») — Cf. et L. 7. 8. et L. 30. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 13. § 8. D. *de usufr.* (VII, 1.)

7) *Glück* Pand. XVII. p. 311 sq.

8) L. 58. pr. D. *h. t.* — L. 11. § 5. in f. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — Cf. L. 11. pr. D. *h. t.* — Caet. vid. *Cropp* in *ej.* et *Heise* jur. Abh. T. II. diss. X. Contra quem vid. *Auctoris* Cession § 27. p. 310—327. (ed. 3.)

9) L. 11. § 5. D. *de pign. act.* (cf. supra § 313. not. 3.). — Vid. et L. 24. § 1. D. *h. t.*

§ 414.

1) Pr. I. in f. *h. t.*

2) § 5. I. *h. t.* — L. 28. D. *eod.* — Cf. et L. 5. § 2. D. *commodati.* (XIII. 6.) — Vid. *Hasse* Culpa p. 492—494. (cf. et not. 5.).

3) L. 19. § 2. D. *h. t.* — Actiones vero, si quae ipsi ejus rei nomine competant, necesse non habet praestare, ac multo etiam minus dicendum, tamquam ex tacito mandato eas exerceri posse a conductore. *C. H. Breuning* sp. an conductor easdem actiones et exceptiones habeat contra tertium, quas ipse locator. Lips. 1766. — Dissent. *Leyser* sp. 216. m. 1.

4) L. 9. pr. L. 15. pr. et § 1. L. 25. § 2. D. *h. t.* (cf. et not. seq. et not. 11.).

5) L. 15. § 2. D. *h. t.* — L. 15. § 3. 7. L. 19. § 6. L. 25. § 2. L. 27. pr. L. 28. § 2. L. 33. D. *eod.* — *G. H. Riedesel ab Eisenbach* comment. de eo, quod justum est circa remissionem mercedis in locat. cond. ob calamitates bellicas. Goett. 1760. — *Ge. L. Boehmer* de obligatione locatoris ob usum rei locatae maxime per bellum impeditum. Gott. 1764. — *C. H. Breuning* sp. de damni fortuiti et sterilitatis determinatione in remiss. mercedis. Lips. 1766. — *G. F. Albrecht* de mercedis remissione ob sterilitatem aestimanda. Giess. 1779. — *Schweppe* jur. Mag. ur. IV. — Quodsi ipsius locatoris vel dolo vel culpa rei usus impeditur, tum id quod interest praestabitur. L. 15. § 8. L. 24. § 4. L. 25. § 1. *eod.* — Contra vero nec partis remissio locum habet, si aut ipsius rei natura ac qualitate, aut conductoris culpa fructuum nascitur exiguitas. L. 15. § 2. et 5. L. 25. § 3. 4. D. *h. t.* — Cf. *Riedesel* l. l. c. II. § 12—14.

6) L. 25. § 6. D. *h. t.* — *Albrecht* l. l. § 16 sqq. — Cf. et *Glück* Pand. XVII. p. 464 sqq.

7) L. 8. C. *h. t.* — *Boehmer* l. l. § 24.

8) Cf. supra § 362. or. 1. et L. 1. C. *h. t.* — *Glück* Pand. XVII. p. 456—463.

rum annorum ubertatem[9]) : sic sponte intelligitur, ex sola remissionis causa tantum peti non posse pecuniae, quantum ipsius mercedis summam excedat [10]). Quodsi vitio aliquo res affecta est tali, quod quidem latere haud facile debebat locatorem, damnum, quod inde datum est, omne resarciendum est conductori [11]). Atque similiter re evicta locator tenetur [12]), sic tamen, ut aeque bonam ac commodam rem praestando liberetur [13]). Onera etiam rei adhaerentia ferre necesse habet [14]), tum ea conductori restituere, quae vel hac ex causa, vel ex alia, sive necessario sive utiliter, ab illo impensa sunt in rem [15]); neque vero in onerum rei cohaerentium numero militum belli tempore in aedes suscipiendorum alendorumque officium haberi debet, cujus quippe nomine nihil locator conductori praestare cogitur, quam, ut pretii partem ob impeditum rei locatae usum remittat [16]). At II) conductor ita re debet uti, quemadmodum bonum facere oportet ac diligentem patremfamilias [17]), eamque custodire [18]); quodsi fines in re utenda transgreditur, de quibus inter partes convenit, peculiaribus etiam subjicietur incommodis [19]). Praeterea justo tempore pretium debet solvere [20]), licet ipse usus non sit, nisi alia ratione, velut alii candem rem locando, sibi satisfieri curavit locator [21]).

§ 415. C) *Quibus modis finiatur locatio conductio rerum*

Tollitur jus locationis et conductionis aut ex communibus jurium tollendorum causis, aut ex causis hujusce obligationis fere propriis. Atque I) ex priore genere inprimis est commemorandus temporis, in quod contractum est, decursus [1]); qui tamen non impedit, quo minus etiam de relocanda re tacite convenisse videatur inter partes [2]). Neque praetermittenda est laesio enormis, quam

9) L. 15. § 4. D. *h. t.* (« — — — Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum : *quasi non sit donatio, sed transactio.* » — Cf. *Basilicor. Scholiast.* P. II. p. 457 sq. not. m.)—L. 8. C. *eod.*

10) Cf. L. 15. § 2. et 17. L. 33. D. *h. t.* — *Boehmer* l. l. § 22.

11) L. 6. § 4. in f. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 19. § 1. D. *h. t.* (cf. *Neustetel* röm. rechtl. Unters. p. 181. et supra § 363. not. 2.).

12) L. 9. pr. D. *h. t.*—Cf. L. 7. et 8. *eod.*

13) L. 9. pr. in f. *eod.*

14) Cf. L. un. § 3. in f. D. *de via publ.* (XLIII,10.) (Caeter. vid. L. 2. C. *de annon. et tribut.* (X, 16.) Vid. not. seq.)

15) L. 55. § 1. L. 61. pr. D. *h. t.*—Cf. L. 19. § 4. *eod.* ut supra § 232. not. 6 sqq.

16) De qua quaestione et adjunctis quibusdam vid. *G. L. Boehmer* l. l. § 29. usque ad fin. et inprimis *G. H. de Berg* jurist. Beob. u. Rechtsfälle Th. III. nr. 1. et Th. IV. nr. 1. et 2. — *G. F. M.* (*üller*) Beitr. zur richt. Beurtheil. d. rechtl. Verh. zwischen d. Miethsmann u. Hauseigenthümer in Ansehung der Einquartierungslast. Hann. 1808.— *Schweppe* jur. Mag. nr. V.— Cf. et *Glück* Pand. XVII. p. 395—411.— Nec vero quicquam ad hanc rem dirimendam faciunt L. 3. § 13. 14. D. *de mun.*—L. 4. L. 11. D. *de vac. et exc.*—L. 5. L. 3. C. *de munerib. patrimonior.* (X, 41.) — T. T. C. *de metatis et epidemeticis.* (XII, 41.); quippe quae de bellorum hostiliumque incursionum casibus nihil definiant.

17) L. 25. § 3. D. *h. t.*—L. 11. § 2. *eod.*

18) Vid. § 5. I. *h. t.* — L. 28. C. *eod.* — L. 14. § 16. D. *de furt.* (XLVII, 2.) (cf. supra § 355. not. 6.). — Vid. et L. 11. § 1. et 4. *h. t.* et *Vinnii* sel. jur. qu. I, 33.

19) Vid. § 6. I. *de obl., quae ex del. nasc.*

20) Cf. *Glück* l. l. § 1057. nr. 1. — At ex mora obligatur ad praestandas usuras; L. 54. pr. D. *h. t.* —L. 17. *eod.*

21) Arg. L. 19. § 9. D. *h. t.*

§ 415.

1) Caeterum potest velut tacito pacto certum locationis tempus esse definitum, siquidem non nisi de pretio, certo temporis spatio solvendo, convenit. Solet etiam renuntiandi tempus plerumque adjici praediorum locationibus, quo non observato, et si nundum decursum sit tempus, relocatio facta esse videtur (not. seq.).

2) L. 13. § 11. D. *h. t.*—L. 14. *eod.* — L. 16. C. *eod.* — Vid. *M. Paulsen* de relocationis tacitae effectu in praed. urbanis. Gott. 1775.—*E. Schrader* Abh. a. d. Civ. R. I. nr. 2.—*Weber* ad *Hoepfnerum* § 891. not. 3. — *de Herrestorff* in Arch. f. civ. Pr. III. nr. 3. — *Bucher* Recht d. Ford. § 69. p. 243. — *Marezoll* Zeitschrift f. Civ. R. u. Proc. III. p. 281. (nr. 1.).—*Roeder* Civilrechtl. Abhandl. Nr. 1. — Atque ad relocationis tacitae obligationem etiam referenda est L. 32. C. *h. t.*— Cf. *Westphal* v. Kauf, Miethe etc. § 1016. et *Marezoll* l. l. (nr. 2.).

vocant, tamquam communis obligationum (sc. onerosarum) finiendarum causa [3]). Praeterea jus finitur resoluto dominio ex causa ejusmodi, quae cum ipsius acquisitione cohaeret [4]). II) Quae vero in altero genere sunt, aut ad utriusque personam spectant, aut ad alterutrum tantummodo, sive locatorem sive conductorem. 1) Ad utrumque hae potissimum : et rei vitium indeque oriunda reficiendi necessitas [5]), et dominii mutatio. ea scilicet, quae singulari successione contingit [6]); quae quidem plerumque efficit, ut a neutra parte retinendae obligationis adsit necessitas, salvo tamen conductoris jure, damni exinde dati restitutionem petendi a locatore ejusve heredibus [7]). At 2) conductor invitus potest a jure suo repelli propter has causas : quod vel per biennium non solvit mercedem [8]), vel abutitur re [9]), vel ipse eadem dominus carere amplius nequit [10]). Contra vero invito locatore conductor jure discedit a locatione, cum rei locatae usus ipsi plene tollitur vel impeditur [11]) tum ex justa timoris causa, nec non eo, quod pestilentes sunt aedes vel agri [12]), nonnunquam etiam ob moram locatoris, usque adeo differentis solutionem, ut jam nihil intersit conductoris, rem ei praestari [13]). — Caeterum conductor, qui nulla ex causa rei restitutionem detrectat, post judicis sententiam alienae rei invasori similis habetur [14]). Quid? quod conductor, qui suam esse rem affirmat, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare [15]). Contra vero *inquilino* interdictum de

3) Cf. supra § 408. not. 5. et *Wernheri* D. ibi (not. 4.) laud. § 29., nec non *Dariesii* s. *Kubschii* D. § 15.

4) (Cf. § 271.) L. 9. § 1. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 25. § 4. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) et L. 1. in f. D. *de dote prael.* (XXXIII, 4.) — Cf. *Voet.* ad Pand. *h. t.* § 17.

5) a) L. 30. pr. L. 33. pr. D. *h. t.* — L. 3. C. *eod.* — b) L. 25. § 2. L. 60. pr. D. *h. t.*

6) Morte enim contrahentium non fere tollitur jus; § 6. I. *h. t.* — L. 19. § 8. D. L. 10. et 11. C. *eod.* — [Cod. Nap. 1742.] — Caeter. vid. L. 4. D. *eod.* [Alienatione fundi locati jure gallico locatio non finitur. Cod. Nap. 1743 sqq.] — An bonorum debitoris obaerati cessione facta finiatur locatio conductio, jam supra fuit quaerendi occasio, V. I. § 171. ad not. 5.

7) L. 9. C. *h. t.* — L. 32. D. *eod.* — (Cf. *Auctoris* Cession § 27. p. 312 sq.) — L. 120. § 2. D. *de leg.* I. — L. 25. § 1. D. *h. t.* — Vid. *Zollii* et *Zaunschlifferi* scripta, de vulgari illa paroemia: *Kauf bricht Miethe*, in contrarias partes disputantium; quae et junctim exstant in *O. Zaunschlifferi* operib. jurid. (Frcf. 1699.) nr. 14. p. 157 — 190., praeter illud *Hermanni Zollii*, cui titulus : *Kauf hebt Miethe nicht auf*, s. comment. ad L. 9. C. de loc. et cond. *rel.* Rint. 1704. et auct. Jen. 1756. Add. et *Gluck* Pand. XVIII. p. 11 sqq. — Ad expellendum autem conductorem rei vendicatione utetur emtor, aut si qua alia ex causa dominium quis nactus est. Interdicta, nisi ex jure cesso, adversus eum non habet, quemadmodum a nonnullis existimatur propter L. 12. et 18. D. *unde vi* (XLIII, 16.), acil. verum horum locorum non assequentibus sensum. (Vid. supra § 237. not. 2. a.) De tota autem hacce quaestione cf. *G. H. Ayreri* Prol. de genere actionis adversus conductorem emtori cedere nolentem instituendae (in opusc. T. I. nr. VI.). — *Weber* Beitr. zu der Lehre v. Klagen u. Einr. II. III. p. 99 sq. — *Auctoris* Cession § 25. p. 278 sqq. not. 67. — *Gesterding* Ausbeute III. Nr. VIII. — Caeterum, quemadmodum omnino excipiuntur fisci locationes (L. ult. D. *de J. F.* XLIV, 14.) : sic etiam pactionibus effici potest, ut locationi stetur, sive illis cum ipso successore initis (L. 25. § 1. D. *h. t.*) (Cf. *Croppii* diss. supra § 413. not. 8. laudat. et *Auctoris* Cession § 27. p. 317 sqq.), sive locationi et conductioni adjectis iisque hypotheca munitis. Arg. L. 7. in f. D. *de distr. pign.* (XX, 5.) — Vid. *Auctoris* Cession § 27. p. 325 sqq. — Cf. *Gluck* Pand. XVIII. p. 45—48.

8) L. 54. § 1. L. 56. D. *h. t.* — Nec vero pacto tali : ne invitus conductor a re locata repellatur, generatim illo quidem inito, tuendus est is, qui toto biennio haud solvit mercedem. — L. 54. § 1. D. *h. t.*

9) L. 3. C. *h. t.*

10) L. 3. C. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. XVII. p. 374 — 379. — *de Buchholtz* jurist. Abh. Nr. XXIV.

11) L. 27. § 1. D. *h. t.* — Cf. L. 13. § 7. *eod.* et L. 35. D. *de damno inf.* (XXXIX, 1.)

12) Arg. L. 49. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — L. 4. C. *de aedil. act.* (IV. 58.) — Cf. et *C. F. Hommelii* Rhapsod. qu. obs. 332. nr. 1. (« Ob cimices conductum conclave deseri potest. ») — At spectrorum metus in justis non est connumerandus locationis renuntiandae causis (*Chr. Thomasius* D. de non rescindendo contractu conductionis ob metum spectrorum. Hal. 1711. Dissent. *Stryck* us. mod. Pand. *h. t.* § 8.), non magis quam illud, quod ex causa aliqua, velut propter loci mutationem, non amplius utile sit conductori, jure locationis rem habere. Cf. *Glück* Pand. XVII. p. 478. not. 2.

13) L. 24. § 4. D. *h. t.* — Cf. L. 60. pr. *eod.*

14) L. 34. C. *h. t.* (cf. supra Vol. I. § 134. not. 4.).

15) L. 25. *eod.* — Caeter. vid. *Thon* in Zeitschr. f. Civilr. u. Process I. nr. XXIV. p. 470 sqq.

migrando comparatum est adversus locatorem, eum in finem, ut ne sine causa res retineantur, quae ab eo invectae sunt in aedes atque illatae[16]).

§ 416. V) *De proprio jure ex locatione vel operarum vel operis oriundo.*

Cum, quae vel maxime sunt operarum locationis et conductionis propria, ex iis plene liceat cognoscere, quae de damnis fatalibus supra a nobis disputata sunt (§ 362. nr. 4.), jam hoc in loco nihil superest, quam ut breviter videamus de jure operis locati[1]), i. e. cum opus aliquod certa mercede perficiendum quis conduxit, velut ut insulam exstruat, vias muniat, fossam fodiat, res suscipiat transportandas[2]). Jam vero si rem transportandam redemtor conduxit, sumtus quidem vecturae sustinere tenetur[3]), at ipsius rei periculum necesse non habet praestare[4]), ne tum quidem, cum id est in obligatione ejus, qui rerum fungibilium quantitatem trajiciendam suscepit, ut etiam eodem genere, quod acceperit, restituere possit[5]). Sin opus aliquod faciendum locatur, velut domus aedificanda, primum omnium conductor, tenetur, ut opus susceptum perficiat[6]). Praeterea damna, quaecunque vel fortuito casu vel soli vitio dantur, sive res ad aedificandum necessarias redemtor comparaverit, sive non, similiter ad ipsum spectant dominum[7]); quae vero ex operis vitio profecta sunt, ea ad redemtorem pertinent, nisi si comprobatio operis facta sit[8]), quae quidem et tacite fieri potest, velut eo, quod simpliciter acceperit rem[9]), vel partem ejus[10]). Caeterum locator operis, i. e. cujus impensis exstruendum est aedificium, recedere potest a contractu, eo, quod minores sumtus, quam qui operi faciendo necessarii sint, designavit redemtor[11]). Nec magis ille obligatur, aut liberatur redemtor, si aedificandi legem ac descriptionem suo arbitrio neglexit is, qui opus faciendum conduxit[12]).

16) Dig. (XLIII, 32.) *de migrando*. Observ. a) « Hoc interdictum—*colono* non competit. » (L. 1. § 1. D. *h. t.*). — b) «Si tamen gratuitam quis habitationem habeat, hoc interdictum utile ei competit.» (L. 1. § 2. *eod.*)

§ 416.

1) Vid. supra § 410. not. 9. — *Gesterding* Irrthümer der Rechtsgelehrten. Nr. IV. § 2—6.—*C. A. Weiske* skeptisch-pract. Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände (Leipz. 1829.) Nr. I.

2) L. 12. § 6. D. *de usu et hab.* (VII, 8.)—L. 11. § 3. L. 13. § 1. et 3. D. *h. t.* — Cf. supra § 410. not. 9. et not. infra seqq. — *Weiske* l. l. § 2. et ibi not. 11.

3) Arg. L. 60. § 8. D. *h. t.* — Cf. et L. 2. § 1. D. *de lege Rh. de jactu.* (XIV, 2.)

4) L. 13. § 1. L. 25. § 7. D. *h. t.*

5) L. 31. D. *h. t.* — Quem in locum vid. *Cujacii* obs. VII, 39. et *Bynkershoekii* obs. j. r. VIII. c. 1—8. — Cf. *Henr. Kellinghusen* ad L. 31. locati. Jenae. 1819. 4.

6) L. 5. § 1. D. *de verb. sign.* — L. 80. § 1. D. *ad L. Falc.* (XXXV, 2.) — L. 72. § 1. D. *de verb. sign.* — L. 7. § 2. D. *de lege Jul. rep.* (XLVIII, 8.) — *Hasse* Archiv f. civil. Praxis V. p. 5 sq. not. 5. — *Weiske* § 7. — Cf. et supra § 358. not. 6.

7) Utique enim ad dominum spectat casus periculum: solo autem cedit, quod ei inaedificatum est (cf. § 236. nr. 3.—*Gesterding* l. l. p. 106.—*Weiske* § 9. not. 2.).

8) L. 24. pr. D. *h. t.* (« — — consequens est, ut irrita sit approbatio dolo conductoris facta. ») — Vid. *Weiske* § 7. et infra not. 10.

9) Dissent. *Weiske* § 13. — Cf. et not. seq.

10) L. 33. D. *h. t.* (verb: *Quemadmodum* rel.). L. 36. *eod.* («Opus, quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculo est; quod vero ita conductum est, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. — — *Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est.*—») Igitur utraque in causa non nisi *culpae* periculum praestare redemtor necesse habet. Quocum etiam l. l. sqq. fere conveniunt L. 37. *eod.*—L. 51. § 1. *eod.* — L. 59. L. 62. *eod.* — Cf. *Gesterding* l. l. § 5. — At vero impediunt magis rem, quam expediunt, quae apud plerosque leguntur distinctiones, velut apud *Glückium* § 1055. nr. II. aliosque.—Vid. et *Weiske* § 9 — 12. — Caeterum major etiam est eorum obligatio, qui publica opera suscipiunt facienda. L. 8. C. *de operib. publ.* (VIII, 12.)

11) L. 60. § 4. D. *h. t.*

12) L. 25. § 3. L. 60. § 3. D. *h. t.* — L. 2. § 7. D. *de eo, quod certo loco.* (XIII, 4.) — *Weiske* § 6. —Cf. L. 13. § 10. D. *h. t.* — *Weiske* § 8.

§ 417. VI) *De ambiguis quibusdam negotiis, inter locationum et conductionum aliarumque conventionum formas fluctuantibus.*

Haud raro fit, ut dubitetur de conventionis alicujus natura, utrum locatio conductio inita sit, an in aliud contractus genus transeat, quod actum est. Idque I) cum res versantur in obligatione, his potissimum in causis fit: primum, in villicorum jure constituendo, ubi vel maxime potest dubitari, utrum ad locationis conductionis formam conventio referenda sit, an ad illud genus negotiorum, quibus propositum est contrahentibus, ut dominium constituatur, vel jus in re [1], de qua quidem re in patrii juris disciplina quaeri potissimum solet. Deinde, cum res aestimatae traduntur colono, ut inprimis solet instrumentum locati praedii usibus destinatum; quo facto res plerumque [2]) velut in emtorem translatae esse censentur, certe ex Romani juris principiis [3]): nam secus patrii juris cultores in eo contractus genere statuere solent, quam quidem socidae contractum appellare consueverunt [4]), quamvis minus proprie [5]). Quod si vero ita nominatim contrahitur, ut eventu demum certum fieri possit, utrum res emtae sint accipienti, an pro usu earum merces sit praestanda, tum velut ex conditione aut locatio et conductio, aut emtio et venditio contracta esse videtur [6]). II) Ex iis autem conventionum formis, unde operae praestantur, in ambiguarum numero inprimis sunt, quae cum opificibus ineuntur conventiones [7]). Jam vero si materiam nostram ita damus, ut nova inde confletur species, mera est contracta operarum locatio conductio [8]). Sin hoc modo contrahitur, ut ex sua materia artifex speciem aliquam nobis exhibeat, cum materiae quidem emtionem et venditionem, operae vero locationem et conductionem contrahi aliis placuerit, tamen comprobata est sententia, potius esse emtionem et venditionem existimantium [9]), scil. ex eo emtionum genere, quae ad mensuram, tum vero ad comprobationem fieri solent [10]). Ex quo sponte apparet, quid dicendum sit, cum ita contrahimus, ut partim ex nostra, partim ex aliena materia res aliqua fiat.

§ 417.

1) Cf. *Gaji* instit. III. § 145. et § 3. I. *h. t.* (cf. supra § 391. nr. 2. 3.)

2) Quid enim? si de eo potissimum cogitaverint contrahentes, ut periculum rei locatae conductor suscipiat. — Vid. *Weber* ad *Hoepfnerum* § 889. not. **.

3) L. 3. D. *h. t.* — L. 54. § 2. *eod.* — Cf. *Glück* Pand. XVII. p. 487—495. — [*Pothier*, traité des cheptels (in opp. ed. *Dupin* T. II. p. 551—610. — Cod. Nap. Lib. III. Tit. VIII. C. IV. Du bail à cheptel. 1800—1831.]

4) Vid. *Mittermaier* Grunds. des deutsch. Privatr. § 201. (ed. 2).

5) Magis enim id nomen alii contractus generi convenit, cujus jam Romano jure vestigia apparent: L. 8. C. *de pact.* (II, 3.) «Si pascenda pecora partiaria, i. e. ut foetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur, Apollinarem suscepisse probabitur: fidem pacti praestare per judicem compelletur.» — *Glück* l. l. p. 491 in f. sq.

6) Ita e *Gaji* disciplina (inst. III. § 146.), quae etiam ejus juris, quo utimur, rationi apprime conveniat. Caeter. cf. L. 8. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) et supra § 344. nr. a.

7) § 4. I. *h. t.* — *Gesterding* Irrthümer d. Rechtsgelehrten Nr. IV.

8) L. 2. in f. D. *h. t.*

9) § 4. I. *h. t.* (cf. *Gaji* instit. III. § 147.) — L. 2. § 1. D. *h. t.* — L. 20. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.).

10) Quod quidem inprimis spectat ad periculi quaestionem. Quodsi enim ex utroque conventionum genere mixtum est negotium, is, qui opus faciendum mandavit, materiae periculum, ut emtae sibi, statim ut incipit opus, suscipere necesse habet (Arg. L. 13. § 5. D. *h. t.*). Sin emtio tantum et venditio contracta, non nisi re tradita ipsius erit periculum (§ 397. init.).

CAPUT VII.

DE OBLIGATIONIBUS, QUAE AD RERUM JURIUMQUE COMMUNIONEM SPECTANT.

§ 418. *Praecepta communia.*

Si quae est inter plures rerum juriumque communio, societas universim dicitur. Quae vero ex contractu proficiscitur, prae caeteris vocatur societas, cui recentiores contrarium *incidentis communionis* nomen opponere solent, i. e. ejus, quae praeter contractum exoriatur [1]. In utrumque autem communionis genus convenit, quod praecipitur: nullam esse conditionem, sive testamentis sive pactis constitutam, ut ne umquam fiat divisio [2].

TIT. I. DE SOCIETATE.

Inst. (III, 25. [26.]) *de societate*.— Dig. (XVII, 2.) et Cod. (IV, 37.) *pro socio*.—*C. van Toll.* D. de societate. L. Bat. 1752.—*Pothier*, Traité du contrat de société (in Opp. ed. *Dupin*. T. II. p. 443—560.).

§ 419. *Societatis* I) *et notio et formae.*

Sociciatem igitur interpretamur conventionem, quae de rerum juriumque communione constituenda contrahitur [1]. Neque tamen una est societatis indoles ac forma [2]. Nam si de iis quaeritur, quae tamquam materia subjiciuntur societati, aut rerum aut operarum est societas, itemque illa aut singularum rerum, aut universorum bonorum [3]. Ex causa s. fine dividunt societatem in negotiatoriam s. quaestuariam [4], et simplicem, priorem vero illam in generalem et specialem, i. e. quae de singulis causis negotiisque initur [5]. Praeterea aut ita iniri societas potest, ut ipsae, quae inferuntur, res fiant communes, aut usus tantummodo earum communicetur [6]. Atque illud quidem inter contrahentes actum esse existimandum est, non solum in universorum bonorum societate [7], verum et in particulari, dummodo non vendendi, sed habendi emendique causa societas ineatur [8], neque ex fine, qui propositus est contrahentibus, de solo usu commu-

§ 418.

1) L. 31. D. *pro soc.* (XVII, 2.) « — — Communiter res agi potest etiam citra societatem : utputa *cum non affectione societatis incidimus in communionem.* — — »— L. 2. pr. D. *comm. div* (.X,3.) —Cf. *Gesterding* Irrth. d. Rechtsgelehrt. IX. nr. I. § 10.— Vid. et *Hasse* Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie v. der ehelichen Gütergemeinschaft. (Kiel 1808.) § 58 sq.

2) L. 70. D. *pro soc.*—L. 14. § 2. D. *comm. div.* (X, 3.) — L. 5. C. *comm. div.* (III, 37.)

§ 419.

1) Cf. L. 52. § 8. D. *h. t.* — L. 67. pr. in f. *eod.* — Cf. et *Gesterding* Irrth. *rel.* IX. nr. I.

2) L. 5. pr. D. *h. t.*

3) Vocatur etiam universarum fortunarum societas. L. 73. D. *h. t.*

4) Caeter. vid. *Gesterding* l. l. § 9. et cf. eund. § 6. p. 265 sq. — Cf. et L. 7. D. *h. t.* — Vid. omnino de hoc arg. *Ge. K. Treitschke* die Lehre von der Erwerbsgesellschaft. Leipz. 1825.

5) Sunt qui discrimen statuant inter societatem specialem et singularem, velut *v. Wening* Lehrb. n. Heise B. III. § 174. Sed, quam specialem vocant, ea magis mihi videtur generalibus esse adnumeranda societatibus, siquidem non ex rerum merciumque, de quibus contrahitur, numero ac varietate, verum ex ipsorum negotiorum ratione ac definitione statuendum est, utrum generatim contracta sit societas, nec ne. — Cf. § 420. not. 19.

6) Variorum hac de re sententias vid. apud *Glück* Pand. XV. p. 398 sq. in not.

7) L. 1. § 1. D. *h. t.*

8) L. 58. pr et § 1. D. *h. t.* — L. 52. § 3. et 4. *eod.* — Dissent. *Gesterding* l. l. nr. II. p. 291 sqq.

nicando eos cogitasse appareat [9]). Nulla autem est juris forma ineundae societati praescripta, hoc pacto, ut etiam tacite s. factis societas contrahatur [10]). Quemadmodum vero et sub conditione et cum temporis adjectione recte initur societas [11]) : sic etiam fieri potest, ut inaequalitas constituatur inter socios, sive in iis, quae conferantur, sive in partibus, quae cum ex lucro tum ex damno ad quemque perveniant [12]), dummodo non ita convenerit, ut alter lucrum solus sentiret, ad alterum solum damnum pertineret; quae quidem leonina a juris nostri auctoribus vocatur societas [13]).

§ 420. II) *De jure ex societatis contractu oriundo.*

I) Ex societate contracta obligatio oritur aequalis omnium sociorum eaque actionem efficiens utrimque directam, quae quidem pro socio actio appellatur [1]). Eaque petuntur, cum ut contribuantur, de quibus praestandis inter contrahentes convenit [2]), tum restituantur una cum fructibus et usuris, quae, cum in commune essent conferenda, in suos ipsius usus alter sociorum convertit [3]), praeterea damna resarciantur, quae levi alterius culpa, ejusque, quam quisque suis rebus praestare solet diligentiae omissione, alteri data sunt [4]), denique de rationibus reddendis dissolvendaque societate pro socio actione agi poterit [5]). Quae quidem actio et cum aliis concurrere potest, velut cum communi dividundo actione [6]), vel furti, damnive injuria dati [7]), vel etiam ex emto vendito [8]). Licet etiam cuivis sociorum, partem suam, quam in re communi habet, ad extraneum transferre; cujus quidem translationis non ea est vis, ut jus ipsum societatis ad alium transeat, verum ut facultas sit acquirenti, et communi dividundo actione utendi, et nomina tamquam ex jure cesso persequendi [9]). II) Universarum fortunarum societatis haec fere propria sunt : 1) ut, simulatque perfectus est contractus, rerum dominium communicetur [10]); 2) ut, quaecumque ratione quacumque [11]), licita illa quidem [12]), acquiruntur, ea aut continuo fiant communia aut cum socio sint communicanda [13]); denique 3) ex communi pecu-

9) Velut in causa L. 52. § 2. D. et L. 58. pr. D. *h. t.* Quem locum aliter interpretari conatus est *Gyet* Abhandl. p. 233 sqq. — Cf. et *Glück* Pand. XV. p. 397 — 401. — *Gesterding* l. l. Nr. II. p. 291 sqq.

10) L. 4. pr. D. *h. t.* — Cf. *J. N. Hertii* D. de soc. facto contracta (opp. Vol. I. P. 3. p. 114. sqq.).

11) L. 1. pr. D. *h. t.* — L. 6. C. *eod.*

12) L. 1. C. *h. t.* — L. 5. § 1. L. 52. § 2. D. *eod.* (*Gesterd.* l. l. p. 264. not. 23.) (cf. L. 57. *eod.*). — § 1. et 2. I. *h. t.* — Cf. L. 29. pr. et § 1. L. 30. D. *h. t.* — Vid. *Glück* Pand. XV. § 966. p. 416—425. (cf. et § 421. not. 11. 12.).

13) L. 29. § 2. D. *h. t.* — Cf. et L. 5. § 2. *eod.* — L. 16. § 1. D. *de minorib.* (IV, 4.) — L. 23. § 24. in f. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — Vid. *Averanii* interpr. IV, 12. nr. 23 — 27.

§ 420.

1) § 2. I. *de poena temere litig.* (IV, 16.)

2) L. 52. § 8. L. 73. D. *h. t.*

3) Vid. L. 21. L. 38. § 1. L. 60. pr. D. *h. t.* — L. 1. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.) — Cf. L. 67. § 1. *eod.* Quam quidem legem de ea esse intelligendam specie, ubi suam quisque separatam habet pecuniam a societatis velut patrimonio, (cf. nr. III. not. 18.), jam bene monuit *Cujac.* obs. XXIII, 27. — *Glück* Pand. XV. p. 444. — Vid. et L. 16. D. *de R. Cr.* (XII, 1.)

4) § ult. I. *h. t.* — L. 72. D. *h. t.* — Cf. L. 52. § 2. et 11. *eod.* — L. 23. pr. *eod.* — Cf. *Hasse* Culpa § 69. p. 327 sq.

5) Cf. L. 63. § 5. et L. 65. pr. D. *h. t.*

6) L. 38. in f. L. 43. D. *h. t.* — Vid. et § 422.

7) L. 45. L. 47. 48. 49. 50. L. 51. pr. D. *h. t.*

8) L. 69. D. *h. t.* — Qui quidem locus in damnatarum legum numero vulgo haberi solet. Vid. varias de illo interpretum sententias ap. *Glück* Pand. XV. p. 450 — 460. — Cf. et L. 44. D. *h. t.*

9) L. 3. C. *de comm. rer. alien.* (IV, 52.) — L. 19. D. *h. t.* — Cf. L. 17. pr. *eod.*

10) L. 1. § 1. L. 2. D. *h. t.* — De nominib. vid. L. 3. pr. *eod.* — Cf. *Hasse* in Archiv. f. civ. Pr. V. p. 51 sq.

11) L. 3. § 1. L. 52. § 16. L. 73. pr. D. *h. t.*

12) L. 52. § 17. L. 53. L. 54. D. *h. t.* — Cf. L. 57. *eod.*

13) L. 73. pr. L. 74. D. *h. t.*

nia quisque, quae ad vitae rationem atque usum sibi suisque necessaria sunt, sumere possit [14]). Quae vero propter delictum sunt solvenda, licet etiam eroganda sint e communi, tamen ei, qui maleficium admisit, quandoque reddenda deducendave adscribuntur [15]). III) Quae in caeteris societatis generibus communicantur, ex ipsius conventionis et forma et fine facile apparebit [16]). Quemadmodum autem ex hujusmodi conventionibus nihil alter ab altero ipso jure acquirit [17]): sic etiam intelligitur, proprium cujusque patrimonium utique esse separandum a societatis pecunia, nihilque ex hac esse erogandum, nisi in societatis causam [18]). IV) Caeterum ex iis, quae alter sociorum gessit, licet sint universorum bonorum socii, nulla alteri cum extraneis contrahitur obligatio [19]), praeterquam iis ex causis, quae etiam citra societatem efficiant, ut ex aliorum gestione aliquis obligationem vel acquirat, vel implere necesse habeat [20]).

§ 421. III) *Quomodo finiatur societas.*

Dissolvitur societas ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione [1]). Et ex personis quidem cum morte [2]), etiam unius ex pluribus [3]), tum capitis deminutione, scil. magna [4]), et, quae hujus est similis, bonorum publicatione [5]). Ex rebus, cum aut res exstinguuntur mutanturve, quae in societatem deductae sunt [6]), aut impletus est finis, quem sibi proposuerant partes in societate contrahenda [7]). Voluntate vel omnium in unum consentientium, vel etiam unius renuntiatione [8]), dummodo nec intempestive ea fiat, nec dolose agat renuntians [9]). Denique actione fit solutio, cum societatis dissolvendae causa aut novatio fit, aut ad judicem itur [10]). In partibus autem constituendis, quae cuique cum ex·

14) L. 73. in f. D. *h. t.*—Cf. *Westenb.* pr. j. D. *h. t.* § 16.—Cui etiam consequens est, ut debita cujusque, quamvis ante initam societatem contracta sint, ex communi solvantur. Neque contraria est L. 27. D. *h. t.*; siquidem summa huj. loci ratio non ad priora verba referenda est, verum ad haec: «licet posteaquam societas distracta est, solutum sit». Caeter. dissent. *Leyser* sp. 184. m. 8.

15) L. 52. § 18. L. 59. § 1. D. *h. t.* — L. 55. et 56. *eod.*

16) Cf. L. 3. § 2. L. 7—11. L. 13. L. 52. § 5—7. L. 71. § 1. D. *h. t.*

17) Arg. L. 1. § 1. D. *h. t.*

18) L. 12. D. *h. t.* — Cf. et a) L. 38. § 1. L. 52. § 10. 12. et 15. L. 67. pr. et § 2. D. *h. t.*—b) L. 52. § 3. 4. *eod.* (cf. § 419. not. 8.).—Vid. et L. 60. § 1. L. 61. ibid.

19) L. 82. D. *h. t.* – L. 44. § 1. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — Saepius discrimen hac in re statuunt inter universorum bonorum socios, eosque qui alio modo contraxerunt societatem, et illos quidem ex sociorum contractibus aut agere aut conveniri posse affirmant. At enimvero, cum omnino nihil ad alios valeat obligatio inter alios contracta, non video, quomodo ex societatis formula definiri queat, quaenam inter ipsos socios atque extraneos interredat juris ratio!—Caeterum haud raro leges particulares ac statutariae, in omnium bonorum, tum vero in quaestuaria eaque generali societate decreverunt, alterum ex alterius facto obligari. Atque eam potissimum ob causam necesse est, ut accuratius, quam vulgo fieri videmus, generalis societas, quid sit, definiatur. (Cf. § 419. not. 5.)

20) Vid. v. c. L. 1. in f. L. 2. 3. L. 4. pr. § 1. et 2. D. *de exercit. act.* (XIV, 1.)—L. 1. in f. L. 13. § 2. L. 14. D. *de inst. act.* (XIV, 2.)—L. 82. D. *h. t.*

§ 421.

1) L. 63. § 10. D. *h. t.* («Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione.») — Cf. L. 4. § 1. *eod.*

2) L. 52. § 9. D. § 5. I. *h. t.* — De heredib. vid. L. 35—37. L. 65. § 11. D. *h. t.* (cf. et L. 40. *eod.*). At «in societate vectigalium — manet societas, et post mortem alicujus.» L. 59. D. *eod.*—L. 65. § 15. D. *eod.*

3) L. 65. § 9. D. *h. t.* («— nisi in coeunda societate aliter convenerit.»)—L. 5. in f. I. *h. t.*

4) Cf. loci not. 1. excit. et L. 63. § 11. L. 58. § 2. D. *h. t.*

5) § 7. I. *h. t.* – L. 65. § 12. D. *eod.* — Cf. § 8. *eod.* et L. 65. § 1. D. *eod.*

6) L. 63. § 10. D. *h. t.* — Cf. L. 58. pr. *eod.*

7) § 6. I. *h. t.*—L. 65. § 10. D. *eod.*—Cf. L. 65. § 6. *eod.*

8) L. 63. § 10. L. 65. § 3. D. *h. t.*—Potest etiam tacite, tum per procuratorem fieri renunciatio. L. 64. L. 65. § 7. 8. D. *h. t.* — Cf. L. 65. § 9. *eod.*

9) Cf. inter se hi loci: § 4. I. *h. t.*—L. 14. L. 15. L. 16. pr. L. 17. § 1. et 2. L. 65. § 3 — 6. D. *h. t.* —Omnino cf. *Hoepfner* Archiv f. civ. Pr. T. XVII. diss. XV.

10) L. 65. pr. D. *h. t.*

lucro tum ex damno [11]) adsignandae sint, aequitatis vel maxime erit ratio habenda, hoc pacto, ut, nisi aliud inter partes convenit, ex aequis partibus distributio fiat, scil. aequalitatis ratione ex eorum, quae a quovis collata sint, magnitudine vel pretio potissimum aestimanda [12]). Quodsi sub conditione aut sociis debetur, aut socii debent, mutuis cautionibus res expedienda erit [13]).

TIT. II. DE RELIQUIS COMMUNIONUM FORMIS.

§ 422. *Praecepta communia.*

Praeter societatem et casu fieri potest, ut rerum juriumque communio inter aliquos sit [1]), et lege [2]), et negotiis [3]). Cujus propric quidem duae sunt formae communionis: condominii, ut vocant [4]), ct juris hereditarii inter plures communis [5]). Nam confinium jus, quod quidem vulgo perhibetur ut tertia incidentis communionis species, necessaria caret societatis natura ct velut nota, siquidem nec ad diligentiam praestandam alter cx confinibus alteri tenetur, nec omnino bonae fidei actione alter adversus alterum utitur, verum arbitraria [6]). Quoniam tamen ea apparet inter confines sociosque similitudo, quod ad illos quoque pertineat divisorium judicium, cujus quidem triplex est forma: communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum [7]), ideo conveniens esse videtur, ut in juris disciplina junctim tractetur confinium atque sociorum jus. Igitur *ex communione* obligatio oritur quasi ex contractu, similis fere societatis [8]), unde cum ad diligentiam praestandam talem, quam etiam socii praestare debent, alter alteri tenetur [9]), tum vero ad impensarum fructuumque restitutionem [10]). Judicia vero divisoria, sive ex societate, sive ex finium confusione proficiscuntur, eam inter se habent similitudinem, quod et duplicia sunt, et

11) Cf. L. 30. D. *h. t.* « — neque — lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto — ».

12) Cf. § 1 — 3. I. *h. t.* (§ 2.: « De illa sane conventione quaesitum est: si Titius et Sejus inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duae partes damni, lucri tertia: an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cujus sententia praevaluit, contra sentit: quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. — — Et adeo contra Qu. Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, et damno non teneatur, quod et ipse Servius convenienter sibi existimavit. » [Cod. Erlang. sec. *Bucheri* edit. habet: convenienter *fieri* exist.] «Quod tamen ita intelligi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit: compensatione facta, solum quod superest, intelliguntur lucri esse. » — Cf. *Gaji* inst. III, 149. — L. 6. D. *h. t.* — L. 29. *eod.* — L. 30. D. *eod.* — L. 76. L. 78. L. 79. L. 80. D. *eod.* — Cf. *Vinnius* ad § 1. et 2. I. *h. t.* — *Noodt* ad h. π. tit. § *Satis, ut puto* (opp. T. II. p. 300 sq.). — *Averanii* interpr. III. c. 6. nr. 7. et IV. c. 12. nr. 19. — *Glück* Pand. XV. § 966. p. 404 sqq. — Cf. et *Schultingii* atque *Smallenburgii* not. in L. 29. et 30. D. *h. t.* (T. III. p. 374 sq.).

13) L. 16. D. *comm. div.* (X, 3.)

§ 422.

1) Vid. v. c. § 27. in f. I. *de rer. div.* (§ 259. not. 2. — cf. ibid. not. 7.).

2) V. e. L. 2. pr. D. *fam. erc.* (X, 2.)

3) Velut testamento, aut donatione. L. 31. D. *pro soc.* (XVII, 2.)

4) Dig. (X, 2.) et Cod. (III, 36.) *familiae erciscundae.*

5) Vid. I. § 168., supra § 247. et infra § seq.

6) L. 1. D. *fin. regund.* (X, 1.) — L. 4. § 3. *eod.* — § 6. I. *de offic. jud.* (Vid. et infra § 424. not. 6.) — § 3. et 4. I. *de obl., quae quasi ex contr. nasc.* — T. T. C. *communia utriusque judicii, tum fam. ercisc., quam comm. divid.* (III, 38.) — *Gans* Obligationenrecht p. 153 sqq.

7) § 20. I. *de act.*

8) § 3. et 4. I. *de obl., quae qu. ex contr. nasc.* (cf. not. 9. 10.).

9) L. 25. § 16. 18. D. *fam. erc.* — L. 16. § 4. *eod.* (X, 2.) — *Hasse* die Culpa d. R. R. § 70. p. 329 sqq.

10) § 3. et 4. I. *de obl., quae qu. ex ctr. nasc.* — § seq. not. 8. — Cf. § 424. not. 6.

mixta [11]), nec ante iis praescribi potest, quam ex quocommunem rem tamquam ad se solum pertinentem possidere sibique arrogare coeperit adversarius [12]). Quoniam autem infra absolvemus locum de familiae erciscundae judicio [13]), restat tantummodo, ut de reliquis hujus judicii formis breviter disseramus.

§ 423. *Singulatim* 1) *de communi dividundo actione* (*).

1) Communi dividundo actio proprie quidem inter condominos datur, eum in finem, ut communium rerum fiat divisio, tum etiam ad causam rei praestandam damnumque culpa datum resarciendum [1]); utiliter vero iis quoque, et in eos haecce actio conceditur, qui vel Publicianam in rem actionem vel jus habent in re aliena [2]). 2) Judex igitur aut singulis partes adjudicet [3]), simulque, si ita res feret, alteri propter alterius partem servitutem imponat [4]), aut uni totam rem adjudicet, eumque invicem alteri vel reliquis pecuniae condemnet [5]), aut, si nec hoc nec illud ei commodum videbitur, venditione facta pecuniam inter socios distribuat [6]), aliamve ineat rationem, quae maxime convenire rebus temporibusque ei videatur [7]). Praeterea 3) communi dividundo actione tenetur socius, ut cum socils communicet lucrum, si quod fecit, aut locando, aut colendo rem communem; quodsi ita utitur communi re, tamquam propria, damnum quidem solus ferre, lucrum vero cum sociis communicare necesse habet [8]). Atque omnino 4) in hoc judicium venit, si quid communis rei nomine actum est, aut agi debuit [9]). Quapropter et ad damnum datum resarciendum hac actione agetur [10]), et quae in communem rem vel propter eam impensa sunt repetentur [11]), nisi, cum pro sua ipsius parte commodo gerere posset, tamen totius rei negotia gessit; quo quidem facto, non communi dividundo, sed negotiorum gestorum actio locum habet [12]). Quodsi totam ad se pertinere rem existimans impendia fecit, non nisi retentionem eorum nomine habet [13]), certe ex jure Romano [14]). Caeterum 5) cum desiit res esse communis, propter praestationes utile communi dividundo judicium datur [15]). Denique 6) quod ad ipsius rerum

11) a) L. 10. D. *fin. reg.* (Caeter. vid. L. 2. § 1. D. *comm. div.* X, 3.) (Vol. I. § 139. not. 24.) — b) § 20. I. *de act.* (I. § 138. not. 11.)
12) *Vinnii* sel. jur. quaest. (I, 34.) — Cf. *Thibaut* üb. Bes. u. Verj. II. § 43. or. a. et § 677. not. 9.
13) Vid. infra Lib. V. Cap. IV. Tit. II.

§ 423.

(*) Dig. (X, 3.) et Cod. (III, 37.) *communi dividundo*.
1) L. 1. L. 3. L. 4. pr. et § 3. — L. 6. § 2. L. 8. § 2. 3. L. 20. D. *h. t.* (cf. et not. 8.).
2) L. 9. D. *h. t.* — L. 1. § 8. D. *de superficieb.* (XLIII, 18.)—Caeter. cf. L. 19. § 4. D. *h. t.* et supra § 279. nr. 6. ibiq. not. 16.
3) § 3. I. *de offic. jud.* — L. 1. C. *h. t.*— Cf. et L. 7. § 13. *eod.* — Vid. *Ulr. Huber* Eunom. Rom. p. 437 sq.
4) L. 7. § 1. D. *h. t.*—L. 22. § 3. D. *fam. ercisc.* (X, 2.)—Vid. supra § 292. not. 2.
5) § 5. I. *de off. jud.*—L. 1. et 3. C. *h. t.*
6) L. 1. et 3. C. *h. t.*
7) L. 21. D. *h. t.* — Vid. v. c. L. 6. § 10. D. *eod.*
8) L. 6. § 2. D. *h. t.*
9) L. 13. L. 14. pr. D. *h. t.* — L. 15. D. *eod.*
10) L. 8. § 2. L. 10. pr. L. 20. L. 23. L. 26. L. 28. D. *h. t.*
11) L. 4. § 3. L. 5. D. *h. t.* — L. 6. § 3. *eod.* — L. 8. § 3. 4. L. 9. *eod.*
12) L. 6. § 2. in f.—L. 6. § 7. D. *h. t.* — L. 40. D. *de negot. gest.* (III, 5.)
13) L. 14. § 1. L. 29 pr. (*verb.*: Diversa causa est ejus *rel.*) D. *h. t.* (cf. quod ad horum fragmentorum interpretationem attinet, infra not. 15.).
14) Eo enim, quo utimur, jure etiam actio concedi solet: Arg. L. 6. § 3. et L. ult. D. *de neg. gest.* — *Lauterbach* colleg. theoret. pract. *h. t.* § 13. nr. 2.
15) L. 6. § 1. L. 11. D. *h. t.* — Simile est jus, si quis alium putans socium, cum alius sit, impensas in rem communem fecit: L. 6. pr. L. 14. § 1. L. 29. pr. D. *h. t.* (Vid. *Glück* XI. p. 148 sq. et p. 154 — 164.) — Quodsi, antequam res communis fiat, impensae factae sunt, hoc judicium non datur: L. 4. § 3. in f. et § 4. D. *h. t.*

divisionis vim attinet : a) est instar emtionis communium rerum divisio [16]; b) de re, quae indivisa mansit, iterum agi potest communi dividundo [17]; c) evanescit jus ex ea quaesitum, non solum propter non impletam conditionem, si quae est adjecta divisioni [18], verum etiam ad rescindendam divisionem agi poterit, tum ob dolum a socio admissum [19], tum vero propter errorem, talem quidem, qui necessarium rebus gerendis consensum tollit [20]. Adversus iniquas vero sententias, easve, quae judicum corruptelis elicitae sunt, communibus omnium auxiliis uti poterunt socii [21].

§ 424. II) *De finium regundorum actione* (*).

Finium regundorum actio inter confines locum habet [1], eaque id vel maxime agitur, ut finalis controversia dirimatur [2]. Jam vero primum omnium id judici videndum, ut, qui ante fuerint, restituantur fines [3]. Quod si fieri nequit, novis sunt agri finibus distinguendi, hoc pacto, ut, mensoribus adhibitis, certae cuique confinium regiones adjudicentur atque certis stabilibusque signis novi determinentur fines [4]; « et si forte, amovendae veteris obscuritatis gratia, per aliam regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per adjudicationem et condemnationem » [5]. Praeterea in id quoque quod interest condemnatio fiet, tum etiam fructuum et impensarum nomine [6]. Caeterum controversia finalis, qua de dominii ambitu certatur, s. actio finium regundorum qualificata, quam vocant, triginta annorum spatio excluditur [7], quippe quae vindicationis loco sit [8]; at simplici omnino nequit praescribi, i. e. nullo temporis spatio excluditur actio, quae eum in finem datur, ut terminorum confusio emendetur atque tollatur [9].

16) L. 1. C. *communia utriusq. judicii.* — Cf. L. 7. *eod.* et L. 10. § 2. D. *h. t.* (Vid. supra § 398. not. 16.)

17) L. 4. § 2. D. *h. t.*

18) L. 6. C. *commun. utriusq. jud.*

19) L. 3. C. *commun. utriusq. jud.*

20) Arg. L. 22. C. *fam. erc.* (III, 36.)—Cf. supra § 338.

21) Vid. L. 7. C. *quando prov. non est necesse.* (VII, 64.)—L. 15. D. *de judic.* (V, 1.) — Caeterum cum socii certo consenserunt, nihil nocet divisioni, ea deesse, quae in judiciorum ordine desiderantur: L. 2. C. *commun. utriusq. jud.*

§ 424.

(*) Dig. (X, 1.) et Cod. (III, 39.) *finium regundorum.* — *A. F. Reinhard* D. de finih. regund. Erford. 1781. — *C. A. Weiske* skeptisch-practische Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstande Nr. III.

1) Vid. L. 2. pr. L. 4. § 10. et 11. L. 5. L. 6. D. *h. t.* (cf. *Cic.* Top. 10.). — Cf. et a) L. 3. pr. D. *de via publica.* (XLIII, 11.) (Viae receptae s. rejectae actio. — *Glück* Pand. X. p. 448 sq. — b) L. 4. § 9. D. *h. t.*

2) Cf. fin. reg. fragm. et const. p. 1552. (ed. Berol.). — *Isidori* Origio. V. 25. (ap. *Gothofr.* p. 931.).

3) Cf. L. 8. § 1. L. 11. et 12. D. *h. t.*—Vid. *Hofacker* pr. j. R. G. T. III. § 3071. 3072. et 3075. — *Gesterding* Ausbeute I. Nr. X. — *Weiske* l. l. § 3. 4. — Cf. et L. 8. pr. in f. *h. t.* (*Weiske* § 6.).

4) L. 4. pr. et § 5.—L. 7. et 8. D. *h. t.*—*Weiske* § 8. 9.

5) L. 2. § 1. L. 3. D. *h. t.* — § 6. I. *de offic. jud.* —Cf. *Weiske* § 5.

6) L. 4. § 1. 2. 3. D. *h. t.* (Fructus igitur petuntur non tamquam a socio, sed tamquam a rei alienae possessore.)—Cf. et L. 56. D. *fam. erc.* (X, 2.) — Cf. *Glück* Pand. X. p. 723. p. 464 sq.

7) L. ult. C. *h. t.*— L. 1. § 1. C. *de annali exc.* (VII, 40.)

8) Vid. L. 1. C. *h. t.*

9) *Hofacker* l. l. § 3080. — L. 5. et 6. C. *h. t.* — *Glück* l. l. § 719. p. 451sqq., atque inprimis *Finnius.* sel. jur. qu. I, 34. (cf. supra § 422. not. 12.). — Caeterum perobscura sunt, quae impp. constitutiones hanc in rem praecipiunt (L. 3 — 5. Th. C. *h. t.* (II, 26.) — L. 5. 6. J. C. *eod.*); nec minus obscura, quae ad illarum interpretationem proferri solent. — Vid. *Unterholzner* ausführl. Verj. Lehre I. § 54.

CAPUT VIII.

DE CONVENTIONIBUS, QUAE ALEAM CONTINENT.

§ 425. I) *Aleae notio et species.*

Cum aleae nomen ad omnem rem incertam eamque a fortuito casu pendentem referatur [1]), nihil impedit, quo minus nomen illud ad omne negotiorum genus referamus, cum quae sub conditione, aut casuali aut mixta, contrahuntur, tum vero ad alia, quae quidem propriis suis nominibus non carent, quibus tamen alea inest. Quo in genere haec potissimum sunt: emtio spei, quam vocant (§ 392. context. ad not. 7—12.), nauticum foenus (§ 379.), sortium alea (vocant *Lotterie*) [2]), ludi aleatorii (ad quos prae caeteris aleae nomen referri solet) sponsiones. Quoniam autem de hisce obligationum formis partim jam a nobis expositum est, partim in patrii juris disciplina erit explicandum, jam nihil nobis superest, quam ut ex iis, quae de ludis aleatoriis, tum de sponsionibus, Romano jure praecepta sunt, in medium nonnulla conferamus, ea quidem, quae a jure, quo utimur, haud ita procul absunt.

§ 426. II) *Speciatim* A) *de ludis aleatoriis* (*).

Ludos aleatorios vocamus, cum ab eventu incerto, eoque tamen ex certis regulis aestimando, lucrum pendet, quod tamquam victoriae praemium alteri ab altero solvendum est [1]) (§ seq. not. 1.). Jam vero fortunae ludi omnino omnes prohibiti sunt; ex artis vero ludis, cum antea liciti essent, qui pro virtute, i. e. corporis firmandi exercendique ingenii causa, fierent [1 a]), Justinianus quinque constituit ludorum formas, nec praeter eas cuiquam ludere permisit, at ne illas quidem ultra unum solidum [2]). Ex reliquis igitur ludis propter damnum aleatorium non modo non datur actio, verum etiam repeti solutum a collusore ejusque heredibus intra quinquaginta annorum spatium potest [3]). Nec vero actionem habet, qui ludendi causa pecuniam sciens credidit [4]), non magis quam adversus eum, qui in alea, ut ludat, rem vendidit, evictionis nomine agi potest [5]). Praeterea susceptori aleatorum actio denegatur, si forte in alea ludenda injuria ei illata damnumve datum est [6]). Caeterum non dubitamus, quin ad legitimorum genus pactorum referamus conventiones de licitis ludis initas [7]).

§ 425.

1) Cf. *Brisson.* et *Ernesti* cl. Cic. h. v.

2) Cui quidem simile est negotium, quod vocant *das Ausspielgeschaeft*, de quo vid. *K. Grolman* Vers. ein. Entw. d. rechtl. Nat. d. Ausspielgesch. Giess. 1797. et *Glück* Pand. XI. p. 367 sqq.

§ 426.

(*) Dig. (XI, 5.). — Cod. (III, 43.) *de aleatoribus et alearum usu.*

1) *H. Thoel* der Verkehr mit Staatspapieren etc. (Gött. 1835.) — Vid. 267 sq. p. 270 sq. not. 63. p. 238—241.

1a) Cf. L. 2. § 1. D. *h. t.* et *Sen.* ep. 106. et 111. — Caeter. vid. et L. 4. pr. D. *h. t.* — [Cod. Nap. 1966.]

2) L. 3. C. *h. t.* — *Voet.* ad *h. t.* nr. 1. — *Glück* Pandect. XI. § 757. — Cf. *Weber* nat. Verb. § 65. not. 1. 2.

3) L. 3. C. *h. t.* et *Weber* l. l. § 77. not. 7. Qui quidem scriptor sibi persuasum habet, nisi ita lex scripta esset, repetitioni locum non fore, cum in pari turpitudinis causa collusores versentur. Sed vid. quae supra scripsimus § 383. in contextu ad not. 12. — [Cod. Nap. 1967.]

4) Arg. L. 12. § 11. D. *mandati.* (XVII, 1.) — *Stryck* us. mod. Pand. *h. t.* § 10.

5) L. 2. § 1. D. *quar. rer. act. non datur.* (XLIV, 5.)

6) L. 1. pr. § 1—3. D. *h. t.*

7) Arg. L. 3. D. *h. t.* (vid. supra § 345. nr. 1.).

§ 427. B) *De sponsionibus.*

Sponsiones (*Wetten*) hoc in loco intelligimus promissiones, quae ultro citroque de veritate ejus, quod affirmatur, fiunt [1]). Et sponsiones facere cuilibet licitum est, dummodo de rebus licitis atque honestis id fiat, nec in ludorum prohibitorum genus transeant sponsiones [2]). Neque vero actio ex hujusmodi negotiis nasci poterat Romano jure, nisi aut stipulatione firmata essent [3]), aut rei datione conventio coepisset, quo facto praescriptis verbis actione locus erat [4]). Caeterum nec sponsionum ullam esse vim, si alterius dolus eis causam dedit, vix est, quod admoneatur [5]).

CAPUT IX.

DE MANDATO HUJUSQUE SIMILIBUS OBLIGATIONIBUS.

TIT. I. DE MANDATO.

Inst. III. (26. [27.]) *de mandato.* — Dig. (XVII, 1.) et Cod (IV, 35.) *mandati vel contra.* — *Jan. Gordelois* D. de mandato. Lugd. Bat. 1743. — *Jo. Graafland* D. de mandato. Lugd. B. 1752. — *Pothier*, Traité du mandat (in opp. ed. *Dupin* append. p. 296—326).

§ 428. 1) *Mandati notio atque indoles.*

Mandatum est contractus consensu constans, quo negotia, eaque honesta, gratis plerumque gerenda committuntur suscipiunturque [1]). Cum igitur conventio insit mandato, perfectam habens obligandi vim, sponte intelligitur, quomodo differat mandatum cum a mero consilio [2]), tum a nuda commendatione [3]). Jam vero I) gratis plerumque fieri debent, quae mandantur [4]). Quemadmodum autem honorarium, remunerandi causa sponte datum, minime tollit mandati vim [5]): sic in nonnullis negotiis, quae in liberalium artium numero haberi atque antiquitus quidem gratis et tamquam beneficium rogantibus tribui solita sunt, id etiam obtinuit, ut honorarium constitueretur, idque actione, simili illa mandati contrariae, peteretur [6]). Caeterum II) quaevis recte mandantur negotia,

§ 427.

1) *Thoel* l. l. p. 260 sqq. Solis igitur affirmationibus consistant necesse est sponsiones (cf. *Glück* XI. p. 350.). Nam certationes equestres, similisque, licet in iis sponsionis forma adhiberi soleat, tamen ad ludorum genus sunt referendae. — Caet. vid. *de Wening* Lehrb. Buch III. § 206. not. q. — *Thoel* l. l. p. 270. not. 63.

2) L. 17. § 5. in f. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.) — Neque contraria est L. 3. D. *h. t.* — Vid. *Leyser* sp. 127. m. 1. et 6. — Cf. *Weber* nat. Verb. § 65. not. 2.

3) Exempla vid. L. 108. pr. L. 129. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 37. D. *de R. C.* (XII, 1.) — *Thoel* l. l. p. 264 sq. et not. 54. in f.

4) L. 17. § 5. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.)

5) *Glück* Pand. XI. § 761. p. 353 sqq. nr. 1.).

§ 428.

1) L. 1. D. *h. t.* Vid. et not. 4. — Cf. L. 50. pr. D. *h. t* et supra § 100. not. 3 — 6.

2) L. 2. § 6. D. *h. t.* — § 6. I. *eod.* — Obligatio men est a) ejus, qui consilium fraudulentum dedit, L. 47. D. *de reg. jur.* — L. 8. L. 31. D. *de dolo malo* (IV. 3.); b) ejus, qui ad dandum consilium obligatus est alteri, arg. L. 2, D. *quod quisque in alt.* (II, 2.) — Cf. *Gesterding* Irrth. etc. p. 197 sqq. — *Neustetel* Arch. f. civ. Pr. II. Nr. IV. § 1. et infra not. 18.

3) L. 12. § 12. D. *h. t.* — Caeter vid. L. 7. § 10. L. 8. D. *de dolo malo* (IV, 3.); omninoque cf. *Glück* Pand. XV. p. 367—370.

4) § 13. I. *h. t.* — L. 1. § 4. D. *h. t.*

5) L. 6. pr. D. *h. t.*

6) Cf. L. 7. D. L. 1. in f. C. *h. t.* — Vid. supra § 410. not. 6 — 8. et infra § 432—434.

honesta illa quidem [7]), atque talia, quorum peragendorum causa adhiberi procuratores omnino licitum est [8]); nec modo singula mandari possunt, verum etiam universa alicujus negotia, tum vero certum aliquod negotiorum genus [9]); (unde specialem, universalem, et generalem procuratorem distinguunt). Praeterea aliena quoque negotia jure mandantur [10]); quod si hoc modo fit, ut pro alio intervenire, ipsive pecuniam credere alicui mandetur (quae quidem species est intercessionis [11]), mandatum qualificatum vocare solent, eumque, qui mandat, mandatorem [12]). Nec minus valet, cum quis ea mandat, quae simul aut ad ipsum et ad alium spectant [13]), aut ad mandatarium et ad alium [14]), aut ad ipsum et ad mandatarium [15]). Nullum autem est mandatum, quod solius mandatarii gratia fit, quippe quod magis sit consilium, quam mandatum [16]), praeterquam si periculum damnumque praestandum in se recipit is qui mandat [17]); idque tacite factum esse videtur, si illo non mandante ita non fuisse acturum, cui mandatur, haud dubie apparet [18]).

§ 429. II) *Obligatio et actio inter mandantem et mandatarium* (cf. § 130—133.).

I) Mandatarii obligatio eo continetur: Primum, ut mandati fines, sive nominatim sunt constituti [1]), sive sponte ei insunt, diligenter custodiat [2]); deinde perficiat negotio sibi demandata [3]), praeterea rationes reddat domino, eidemque, quae ex eo negotio ad eum pervenerunt, restituat [4]). Plerumque autem mandatarius alium sibi potest substituere, qui negotia perficiat [5]), quo tamen facto obligatio nulla efficitur inter eum, qui substituitur, et qui primo mandavit [6]). Omnino autem liberius eo, cui singula tantum negotia mandata sunt, is agit, qui totius alicujus negotiorum generis, ac multo etiam magis, qui universorum bonorum procurator constitutus est [7]). II) Contra vero, qui mandavit, et inde-

7) § 7. I. *mandati.* — L. 6. § 3. L. 22. § 6. D. *h. t.* — L. 12. § 11. *eod.*—Vid. *Glück* Pand. XV. § 953. p. 256 sq.

8) Vid. § 130. not. 1.

9) Cf. L. 1. § 1. L. 58. L. 60. D. *de procur.* (III, 3.) — L. 6. § 6. D. *h. t.*

10) § 3. I. *h. t.*

11) L. 6. § 4. L. 28. D. *h. t.* — L. 6. et 7. D. *ad Sct. Vellej.* (XVI, 1.)

12) Vid. *Glück* Pand. XIV. § 920. et not. 30. p. 444. — *Hoepfneri* Commentar. § 835. —Caeterum mandatoris vox generalis est. Vid. v. c. L. 22. § 11. L. 46. L. 49. D. *h. t.*

13) § 4. I. *h. t.*—L. 2. § 3. D. *h. t.*

14) § 5. I. *h. t.*—L. 2. § 5. D. *h. t.*

15) § 2. I. *h. t.*—L. 2. § 4. D. *h. t.*

16) L. 2. pr. in f. et § 6. D. *h. t.*

17) L. 32. D. *h. t.* (vid. not. seq.).

18) L. 6. § 5. D. *h. t.* — § 6. in f. I. *h. t.* — L. 6. § 4. D. *h. t.* — L. 32. D. *h. t.* « Et in summa, *quicunque contractus tales sunt, ut eo cum nomine fidejussor obligari possit, mandati obligationem consistere puto.*» — Neque contraria est L. 48. § 2. D. *h. t.* («Caeterum, si, ut ibi negotium geras, tuique arbitrii sit nomen, id est, ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum duntaxat ad me pertineat, jam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem ut, mihi quemvis fundum emas »); siquidem sponte intelligitur, fieri non posse, ut mandati, quod certis finibus prorsus careat, ulla sit obligatio.—Cf. de tota hac quaestione *Thibaut* Vers. I. Nr. VIII. — *Gesterding* Irrthümer etc. p. 400 sqq. — *Neustetel* Arch. f. civ. Praxis II. Nr. IV. § 2—4.—*Hepp* ibid. XI. Nr. III.

§ 429.

1) L. 46. D. *h. t.* (« — — certum mandatum, — — incertum — »). Vid. *Glück* Pand. p. 277 sq.

2) L. 5. pr. § 2 — 3. D. *h. t.* — L. 3. et 4. *eod.* (§ 132. not. 2.). — Cf. § 8. I. *h. t.* et *Gaji* inst. III. § 161. (cf. *Dirksen* Beitr. z. Kunde d. *R. R.* p. 15 sq.). — Vid. et L. 46. D. *h. t.*

3) L. 5. § 1. D. *h. t.* — Vid. et not. 8.

4) L. 49. § 4. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 8. § 10. L. 10. § 2. 3. L. 20. pr. L. 43. L. 45. pr. in f. L. 59. pr. D. *h. t.* — (§ 132. not. 1.).

5) Cf. L. 8. § 3. D. *h. t.*—L. 2. in f. D. *si mens fals. mod. dix.* (XI, 6.) — c. ult. *de proc.* in VI I, 10.

6) L. 28. D. *de negot. gest.* (III, 5.)

7) Cf. L. 58—60.—L. 63. *eod.* — L. 12. 14. 15. D. *de pact.* (II, 14.)—L. 17. § 2. 3. D. *de jurejur.* (XII, 2.) — L. 20. in f. *de novat.* (XLVI, 3.) (cf. *Glück* Pand. XV. § 954. p. 273 sqq. — *Auctoris* Cession § 12. II. p. 100 sqq. ibiq. not. 176.; et supra § 132. not. 3.).

nem praestare debet procuratorem, et obligationes ab hoc ipso contractas agnoscere in seque suscipere, eatenus quidem, quatenus ille mandati negotii fines haud sit egressus [8]). III) Uterque omnem culpam, alter alteri, praestare damnumque eo culpae genere datum resarcire necesse habet [9]). Ad persequendum autem jus, quod ex mandati obligatione proficiscitur, directa mandati actio comparata est mandanti [10], contraria mandatario [11]).

§ 430. III) *Mandati obligatio quomodo finiatur.*

Finitur mandati obligatio et utriusque consensu, et absoluto negotio perfectoque, cujus nomine contractum erat, et alterutrius vel revocatione vel morte. Igitur I) et mandatarius renuntiare potest obligationi, etiam antequam perfectum sit negotium, dummodo id fiat tempestive [1]), et mandans, atque is quidem quandocunque voluerit, sic tamen, ut indemnem praestare mandatarium utique necesse habeat [2]). Jam vero, quae postea fiunt per procuratorem, nullam habent vim [3]), praeterquam quod debitores bona fide solventes liberantur [4]). Similiter II) morte aut mandantis aut mandatarii finitur mandati obligatio [5]), hoc pacto, ut nec ea valeant, quae ab heredibus mandatarii, licet errantibus, peraguntur [6]); nec fere ea, quae post mandantis mortem, nisi quae vel eam in causam gerenda committuntur [7]), vel ad liberandos debitores, creditoris mortem ignorantes, spectant [8]), vel ad implendam obligationem [9]), vel quatenus id tantum agitur, ut indemnis praestetur mandatarius eorum nomine, quae mandantis mortem ignorans postea gessit [10]).

§ 431. IV) *Juris ratio, quae inter extraneos intercedit, eosque, inter quos est mandati obligatio.*

Quoniam de argumento, quod modo indicavimus, universim quidem satis

8) Cf. L. 10. § 9. L. 12. § 9. L. 27. § 4. L. 45. L. 56. § 4. D. *h. t.*—L. 1. § 2. D. *de exc. rei vend. et trad.* (XXI, 3.)—Cf. L. 46. in f. D. *h. t.* et supra § 132. not. 4. 5. Cf. § 131. in f.

9) L. 13. C. *h. t.* — L. 26. § 7. D. *eod.* — Cf. supra § 353. nr. II. not. 7. et *Hasse* Culpa §§ 92—94. p. 474 sqq. — Vid. et L. 10. § 3. D. *h. t.*

10) Cf. L. 8. § 6. D. *h. t.* — Cf. a) § 2. I. *de poena temere litigant.* — b) L. 60. § 2. D. *h. t.*

11) L. 12. § 7. D. *h. t.* — a) L. 6. § 5. D. *de his, qui not. infam.* (III, 2.) — b) L. 59. § 3. D. *h. t.*

§ 430.

1) L. 12. § 16. D. *h. t.* — § 9. et § 11. I. *h. t.* — L. 22. § ult. L. 27. § 2. D. *h. t.* — L. 23 - 25. *eod.* — [Cod. Nap. 2007.]

2) L. 15. D. *h. t.* — § 10. I. *eod.*

3) L. 4. pr. D. *de manum. vind.* (XL, 2.)—L. 25. § 14. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — c. 9. *de proc.* in VI. (I, 19.)

4) L. 12. § 2. L. 34. § 3. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

5) § 10. I. *h. t.* — L. 26. pr. L. 27. § 3. D. *h. t.* — L. 15. C. *eod.* — [Cael. cf. Cod. Nap. 1991. § 2.]

6) Vid. L. 57. D. *h. t.* «Mandatum distrahendorum servorum, defuncto, qui mandatum suscepit, intercedisse constitit: quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suae—curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit: sed [al. *et*] venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non utiliter [al. *non inutiliter*] acturum, cum exceptio justi dominii causa cognita datur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.»—De cujus legis interpretatione inprimis vid. *J. Gothofredi* animadv. j. civ. c. XI. (in *Ottonis* thes. III. p. 293 sqq.) et *J. L. E. Püttmanni* probabil. I, 1.—Cf. et *Schulting* et *Smallenburg* ad h. l. (Notae ad Dig. T. III. p. 360 sq.) — *Gluck* Pand. VIII. p. 366 — 371. — *Sintenis* in *von zu Rhein* Jahrb. des bürgerl. Proz. I, 2. p. 238—274. (not. 38.)

7) L. 12. in f. L. 13. L. 27. § 1. D. *h. t.* — Vid. *J. J. Marcus* D. ad Marcelli fragm., quod extat in L. 12. § 17. mandati. Lugd. Bat. 1752.—Cf. *Zimmern* in Arch. f. civ. Pr. IV. nr. 19.

8) § 10. I. *h. t.* — L. 26. § 1. D. *eod.*

9) L. 33. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.)— Cf. L. 41. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) — L. 2. § 6. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)—Vid. *Gesterding* Irrth. *ret.* VI. nr. 3. p. 208 sqq.

10) § 10. I. *h. t.*—L. 26. pr. L. 58. D. *h. t.* — L. 19. § 3. in f. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)

copiose in generaliori hujus doctrinae parte disputavimus (§ 151.), ea tantummodo, quae peculiari quadam innituntur ratione, supersunt commemoranda. Quo in genere est, quod jussu actio, itemque exercitoria et institoria [1]). Et quoniam priorem illam eo demum in loco explicabimus, qui est de patria potestate (§ 573.), nunc nihil restat, quam ut de utraque posteriore videamus. Est autem I) exercitoria actio [2]), quae adversus exercitorem navis [3]) ei datur, qui cum magistro [4]) secundum praepositionis legem contraxit [5]). Quemadmodum autem ex magistri delicto haec actio non fere datur [6]), sic etiam cessat, cum aliam in causam, quam cui praepositus est, contraxit magister [7]). Caeteroquin et in plures exercitores in solidum datur [8]), et ex ejus quoque, quem magister substituit, negotio agi potest adversus exercitorem [9]), nec vero legem praepositionis videtur transgressus, qui, ab his, quae nominatim ei erant praecepta, necessitate coactus recedens, id tantummodo egit, ut recte atque ordine impleretur illud ac perficeretur, cujus potissimum causa praepositus esset navi [10]). Rursus autem etiam exercitori extraordinaria actio adversus eum comparata est, quocum magister contraxit [11]). At is quoque eligere potest, utrum exercitorem an magistrum convenire velit, catenus quidem, quatenus omnino mandatarius suscipere tenetur actiones, quas pro domino contraxit)[12]. II) Similis est causa institoriae actionis [13]), quae quidem ex institoris [14]) negotio adversus eum datur, qui praeposuit illum negotiis gerendis [15]). Quemadmodum vero facilius expeditiusque in institorum quam in magistrorum praepositionibus [16]) revocatur mandatum a dominis, dummodo id palam ac scriptis fiat [17]) : ita eo etiam utrumque mandati genus inter se differt, quod institor alium sibi substituere non tam libere potest, ut magister [18]). Caeterum non est praetermittendum, has quidem actiones causam primum fuisse atque originem utilium introducendarum actionum, quibus extra ordinem adjuvarentur, qui per mandatarium vel cum mandatario contraxissent [19]).

§ 431.

1) Inst. Tit. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur.*

2) Dig. (XIV, 1.) et Cod. (IV, 25.) *de exercitoria actione.*

3) L. 1. § 15. D. *h. t.*

4) L. 1. § 1. et 3. D. *h. t.* «Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est. —— Magistri autem imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis, armamentisve emendis; sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem.» Falsum igitur est, quod vulgo dicitur, similem esse magistrum navis ei, quem *Setzschiffer* dicere solemus.

5) L. 1. pr. § 7 - 12. § 24. D. *h. t.* — Cf. L. 1. § 17. *eod.*

6) L. 1. § 2. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 1. § 10. D. *h. t.* (cf. et not. 15. or. a.).

7) L. 1. § 12. D. *h. t.*

8) L. 1. in f. L. 2. 3. D. *h. t.* — Cf. et L. 4. pr. § 1—3. *eod.*—De pluribus magistris vid. L. 1. § 13. 14. L. 5. in f. *eod.*

9) L. 1. § 5. D. *h. t.*

10) L. 1. § 8. 9. 11. L. 7. pr. § 1. D. *h. t.*

11) L. 1. § 18. D. *h.* t.

12) L. 1. § 17. D. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. XIV. § 881. et supra § 132. not. 5.

13) Dig. (XIV, 3.) et Cod. (IV, 25.) *de institoria actione.* — *Weiske* skept. pract. Abhandl. Nr. II.

14) Cf. L. 3. L. 4. L. 5. pr. § 1—9. L. 18. D. *h. t.* — Plerumque nomen ad eos referre solent, qui rebus emendis vendendisque aliisque negotiis, a mercatoribus potissimum exerceri solitis, praeponuntur. At rectius is appellatur institor, qui cuivis negotiorum generi, eorum quidem, quae quaestus gratia exerceri solent, velut moderator praepositus est; qui eo etiam differt a simplici procuratore, quod quasi famulari videatur apud dominum.—Cf. L. 3. L. 5. pr. § 1 - 5. L. 5. § 10. D. *h. t.* (XIV, 3.) — *Auctoris* Cession p. 142. not. 285.

15) L. 1. D. *h. t.*—L. 5. § 11 - 15 L. 1. 2. 3. C. *eod.*—a) L. 5. § 8. 9. D. *h. t.* (cf. not. 6.).—b) L. 5. § 12. L. 11. § 5. L. 13. pr. D. *h. t.* (cf. not. 7.).—c) L. 5. § 2. L. 13. in f. L. 14. D. *h. t.* (cf. not. 8.).—d) L. 5. § 15. L. 19. D. *h. t.* (*Weiske* p. 52. Cf. not. 10.). — e) L. 1. in f. L. 2. D. *h. t.* (cf. not. 11.).

16) Arg. L. 1. pr. D. *de exerc. act.*

17) L. 11. § 2 — 5. D. *h. t.* (*Weiske* § 2—4.). — Morte vero praeponentis non finitur mandatum. L. 5. § 17. L. 17. § 3. D. *h. t.*

18) L. 1. pr. § 5. D. *de exercit. act.* (XIV, 1.)— Cf. *Glück* Pand. XIV. § 893 p. 252—254.

19) L. 13. § 25. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)—L. 31. D. *de negot. gest.* (III, 5.)—L. 19. D. *h. t.*—L. 16.

§ 432. V) *De singularibus mandati formis.* A) *Procuratoria mercatura.* (*Aestimatoria actio.*)

Singulares mandati formas eas voco, quae in nonnullis recedunt a consueta hujus conventionis natura. Quo in genere eas quoque referri convenit, de quibus antea (§ 431.) exponere argumenti ratio ac nexus nos coegit, dico magistrorum institorumque praepositiones. E reliquis primum nobis commemoranda videtur procuratoria mer catura [1]), sive negotiorum ad mercaturam spectantium pro certa mercede in alieno loco expediendorum procuratio. De qua quidem, cum toto genere juris germanici privati disciplinae relinquenda sit, nihil hoc in loco dicendum est, nisi quod propius ea accedat ad mandati, quam ad locati conducti naturam atque indolem [2]). Est vero vendendarum rerum procurationi simillimum id negotii genus, quod aestimatorium contractum recentiores vocare solent, cujus causa aestimatoria actio comparata est [3]). Datur autem haec actio ei, qui rem aestimatam vendendam alicui mandavit deditque [4]), hoc pacto, ut vel ipsa res, vel pretium, de quo convenit, reddatur [5]). Jam vero post traditionem et rei dominium retinet, qui eam dedit [6]), et casus periculum sustinet, nisi illud in se recepit scrutarius, quod quidem et tacite fieri potest [7]). Rursus autem, qui accepit, aut rem domino, quandocunque hic voluerit, reddere tenetur [8]), aut pretium pro illa, ita scilicet, ut majorem summam, quam, de qua convenit, licet ipse amplius acceperit, necesse non habeant restituere [9]). Caeterum merces, si quae est accipienti constituta, item petitur aestimatoria velut contraria actione [10]).

§ 433. B) *Mandatum agrorum dimetiendorum causa* (*).

Agrimensorum [1]) obligatio hoc in loco commemorare ideo conveniens esse videtur, quod, qui agris ex artis regulis dimetiendis operam dant, utique ex mandato negotium suum suscipiunt [2]). Quoniam autem civiliter omnino non obligantur agrorum mensores [3]), Praetor adversus eos, qui dolo vel lata culpa

§ 5. D. *mandati.* (XVII, 1.)—L. 5. C. *h. t.*—*Auctoris* Cession p. 142. in f. sqq.

§ 432.

1) Vid. *A. Michaelis* de mercatura procuratoria. Tub. 1820. 8.

2) Cf. *Michaelis* l. l. § 2. 4. et 8.

3) Dig. (XIX, 3.) *de aestimatoria.* — Cf. *Meno Poehls* Lehre von den Innominatcontracten p. 48—54.

4) Nam vid. supra § 344. ibiq. cr. d. not. 2. d. et not. 4. Cf. et not. seq.

5) Cf. L. 1. § 1. D. *h. t.* « — Fuit—dubitatum, — utrum ex vendito sit actio, propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto, quasi operas locassem, an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi — — — dandam aestimatoriam praescriptis verbis. »

6) Vid. *J. H. Stuhlmann* de dominio per contractum aestimatorium ante solutionem pretii in accipientem non translato. Goett. 1770. — *Poehls* l. l. p. 49. — Dissent. *J. H. Boehmer* Exercitt. ad Pand. III. Nr. 54. (p. 538 sqq.) § 25 sqq.

7) Cf. inter se hi loci: L. 17. § 1. D. *de pr. verb.* (XIX, 5.) — L. 1. § 1. D. *h. t.* — L. 5. § 3. D. *commodati.* (XIII, 6.) — Cf. *Glück* Pand. XVIII. p. 67—71.

8) Not. 6. et arg. § 9. l. *mandati.*

9) L. 1. § 1. in f. D. *h. t.* — Neque contraria est L. 13. pr. D. *de pr. verb.* (XIX, 5.) — Vid. *Glück* Pand. XVIII. p. 65. not. 58.

10) Arg. L. 2. D. *h. t.*

§ 433.

(*) Dig. (XI, 6.) *si mensor falsum modum dixerit.*

1) De agrimensorum munere vid. *Niebuhr* Röm. Geschichte II. p. 534 sqq. — Cf. et *Glück* Pand. XI. § 763.

2) Vid. L. 2. § 1. L. 3. pr. D. *h. t.* (cf. L. 1. pr. D. *eod.*—Vid. not. seq.).

3) L. 1. pr. in f. D. *h. t.*

falsum modum renuntiaverint, in factum actionem proposuit[4]). Eaque non mandanti solum, verum etiam aliis datur, qui quidem falsi modi renuntiatione laesi sunt[5]); quare etiam propter aliarum rerum dimensiones, tum vero adversus eos, qui omnino non cxcrcent mensorum artem, utilis csse potest, quamvis his in causis et locati oonducti actio locum babeat[6]).

§ 434. C) *De mandatis causarum apud judicem principemque suscipiendarum gratia factis.*

In mandati formls, quas modo indicavimus, I) insignes sunt prae caeteris, quibus forensis opera causarumque patrocinium suscipitur[1]). Cujus muneris gratia bonorarium promitti et sponte etiam peti potest[2]); neque vero partem litis sibi stipulari, neque redimere litem causarum, patronis licitum cst[3]). Praeterca in constituendo revocandoque mandato nonnihil est, quod differat inter litium procuratores, atque alios, qui alienis negotiis funguntur[4]). Nec II) prorsus est silentio praetereundum mandatum ejusmodi, ut mandantis desiderium apud imperantcm explicetur; quod, qui suscepit, ct cogi potest, ut promissum exsolvat, ct rursus, praestito quidem suffragio, de honorario constituto sibi solvendo agcre potest[5]).

§ 435. D) *Mandatum judicandi causa, s. arbitrorum receptum* (*).

Est etiam in singularibus mandati formis illud, quod ab arbitris litis decidendae causa partium voluntate electis recipitur[1]). Jam vero 1) ab arbitrio prohibentur, qui etiam judiccs esse vetantur impediunturve[2]). 2) Res non nisi cae arbitro mandari possunt dcrimendae, de quibus liberrimum est partium sta-

4) L. 1. pr. § 1. D. *h. t.* — Cf. L. 5. pr. *eod.* — In heredes non datur haec actio. L. 3. § 5. *eod.*
5) L. 3. § 1. D. *h. t.* — Cf. et L. 3. § 2—4. L. 5. § 1. *eod.*
6) L. 5. § 2. L. 6. L. 7. D. *h. t.*

§ 434.

1) Dig. (III, 1.) et Cod. (II, 6.) *de postulando.* — Cod. (II, 7. et 8.) *de advoc. divers. judic.* — Dig. (III, 3.) et Cod. (II, 13.) *de procuratorib.* [et defensorib.]. — *M. van der Craght* D. de advocatis eorumque officio, dignitate ac privilegiis. Lugd. Bat. 1752.
2) L. 1. § 10—13. D. *de extraord. cognit.* — L. 13. (cf. § 362. not. 7.). L. 13. § 9. in f. C. *de jud.* (III, 1.)
3) a) L. 53. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 1. § 12. D. *de extraord. cogn.* — L. 13. L. 5. C. *de postul.* — b) L. 15. C. *de procur.* — L. 20. pr. C. *mandati.* (IV, 35.) — *Auctoris* Cession § 30. II. p. 362 sqq.
4) a) Discrimen gravissimum, quod olim intererat inter cognitores ac procuratores, maxime e constitutionis forma ac ratione pendebat, cf. *Gaji* inst. IV. § 83. 84. — Vat. Fragm. § 318. 319. — L. 7. Th. C. *de cognitorib. et proc.* (II, 12.) — De eo vero, quomodo nostris moribus procuratores constituuntur, in rei judiciariae disciplina dicendum erit. — b) L. 17—27. D. *de procuratoribus* (cf. *Auctoris* Cession p. 48 sqq.). — c. 2. et 8. *de proc.* in VI. (I, 19.) — Rec. Imp. noviss. de 1654. § 99. 100.
5) L. un. C. *de suffragio.* (IV, 3.) — Cf. *Meno Poehls* Lehre v. den Innominatcontracten § 12. p. 42—47.

§ 435.

(*) Dig. (IV, 8.) *de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.* — Cod. (II, 56.) *de receptis arbitris.* — X. (I, 43.) — VI. (I, 22.) *de arbitris.* — Caeterum praeter eos, qui doctos in Digestorum titulum scripsere commentarios, inprimis meretur, qui huc conferatur: *W. H. Puchta* das Institut der Schiedsrichter, nach seinem heut. Gebrauch u. seiner Brauchbarkeit für Abkürzung u. Verminderung d. Processe. Erl. 1823.
1) Differunt ab his quidem arbitris cum hi, qui velut alienae voluntatis interpretes adhibentur § 130. not. 5. cf. et L. 13. § 2. in f. *h. t.*), tum vero, qui a Praetore dari soliti sunt; vocant arbitros legales.
2) L. 7. L. 9. L. 41. D. *h. t.* — L. ult. C. *eod.* — Cf. et L. 3. § 5. L. 4. D. *h. t.* et cap. 8. X. *de arbitris.* (I, 43.) — Caeterum vid. a) L. 7. pr. D. *h. t.* (*verb.:* « integrae famae — ignominiosus »). — b) L. 6. *eod.* — c) cap. 9. 10. *h. t.* — d) cap. 4. *eod.*

tuendi arbitrium [3]). 3) Duplici vero illud, quo ad arbitrum itur negotium, conventionum forma nititur: altera est *compromissi*, inter ipsos litigantes initi [4]), quod quidem, cum antea non nisi stipulatione perficeretur, ex Justiniani constitutione pacto recte contrahitur [5]); altera est *mandati* ad arbitrum ab utroque litigantium facti ab illoque recepti [6]). 4) Vis autem arbitrii recepti haec potissimum est: primo, ut mandati actione directa ad sententiam legibus convenientem [7]) dicendam cogi possit arbiter [8]); deinde, ut stare sententiae (*laudum* vocant) [9]), vel poenam compromissam solvere necesse habeant partes [10]), sic tamen, ut iniqua arbitri sententia, nisi partium subscriptione munita sit, per decem dierum spatium apud ordinarium judicem revocari queat [11]). Quodsi plures receperunt arbitrium, plerumque communiter ab omnibus officium est implentium [12]), hoc pacto, ut ex plurimorum suffragiis sententia detur [13]), aut, si paria sunt vota, superarbiter assumatur [14]). Tollitur autem jus arbitrii recepti et morte, cum eorum, qui compromiserunt, vel unius ex illis [15]), tum ipsius arbitri [16]), et contrahentium voluntate [17]); adeoque et alterutri compromittentium recedere licet a conventione, dummodo is poenam eum in eventum promissam solvat [18]), et nonnullis ex causis ipsi quoque arbitro [19]). Sunt praeterea aliae etiam arbitrii finiendi causae, quas tamen singulatim commemorare haud juvat [20]).

TIT. II. DE NEGOTIORUM GESTIONE, QUAE SINE MANDATO FIT.

§ 436. I) *Negotiorum gestionis forma vulgaris* (*). A) *Ejus notio et conditiones necessariae.*

Negotiorum gestio prae caeteris dicitur, cum quis aliena negotia aut nemine

3) Cf. L. 32. § 6. 7. D. *h. t.*—L. 3. C. *ubi et ap. quem cogn. in int. rest. agit. sit.* (II, 47.)—c. 9. X. *de in int. rest.* (I, 41.)—Caeterum et de omnibus rebus controversiisque generatim compromitti potest; appellatur *plenum compromissum.* L. 21. § 6. D. *h. t.* — Cf. et c. 6. X. *eod.* (I, 43.)

4) L. 11. § 1 — 3. D. *h. t.* — L. 1. C. *eod.*

5) Cf. L. 11. § 3. L. 13. § 1. D. L. penult. pr. C. *h. t.*

6) L. 3. § 1. D. *h. t.* — Cf. c. 30. X. *de elect.* (I, 6.)

7) L. 1. D. *h. t.* («Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur.») — L. 32. § 10. *eod.* — At qualem sententiam dicat, pactis non recte praescribitur arbitro. L. 19. pr. D. *h. t.* Secus est in iis, quae non ad ipsius sententiae argumentum pertinent. Vid. L. 25. pr. et § 1. L. 27. pr. et § 4. L. 32. § 15. 21. D. *h. t.* (cf. *Cujacii* obs. III, 7.).

8) Nam licet extra ordinem arbitri a magistratibus ad sententiam dicendam cogi solerent (L. 15. D. *h. t.* L. 3. § 1. L. 13. in f. *eod.*), tamen, cum necessariae hic adsint mandati conditiones, actio adversus arbitrum vere nulla alia est, nisi mandati directa.

9) Vid. *Alciati* parerga jur. I, 45.

10) L. 27. § 7. D. *h. t.* — Cf. L. 10. § 1. D. *de pact.* (II, 14.) — Vid. et L. 27. § 2. D. *h. t.* — L. 70. in f. D. *pro soc.* (§ 130. not. 5.), et not seq. —Caeter. cf. L. 21. § 7. L. 31. L. 32. § 15. D. L. 3. C. *h. t.*

11) L. 5. C. *h. t.* — Caeteroquin appellationi adversus arbitri sententiam locus non est. L. 1. C. *h. t.*—Cf. *Schulting.* in prot. Dig. ad h. t. § 13.

12) L. 17. § 2. D. *h. t.* (cf. not. seqq.). — Cf. not. sqq. et *Glück* Pand. VI. (§ 480. nr. 1.)

13) L. 18. D. *h. t.* L. 27. § 3. *eod.* — c. 1. *de arbitr.* in VI. (I, 22.) — Cf. *Cujacii* obs. XII. 16.

14) L. 17. § 5. 6. D. *h. t.* — Cf. *Glück* l. l. p. 81 — 85.

15) L. 27. § 1. L. 49. § 2. D. *h. t.* — Cf. L. 32. § 19. *eod.*

16) c. 42. X. *de offic. et pot. jud. deleg.* (I, 29.)— Cf. L. 45. D. *h. t.*

17) Potest etiam tacito compromittentium consensu recedi a compromisso. Vid. v. c. L. 9. § 5. L. 10. L. 11. pr. D. *h. t.*

18) L. 30. D. *h. t.* — Cf. L. 21. § 9. L. 27. § 4. *eod.*

19) L. 15. 16. D. *h. t.*—L. 41. in f. *eod.*—Cf. et not. seq.

20) Vid. a) L. 17. pr. D. *h. t.*—b) L. 21. § 8. D. *h. t.*—c) L. 32. § 5. *eod.*

§ 436.

(*) Dig. (III, 5.) et Cod. (II, 19.) *de negotiis gestis.* — *P. B. Peny* D. de negotior. gestor. actione. Lugd. Bat. 1744. — *Pothier,* traité du mandat (in opp. ed. *Dupin.* Append. p. 296—326.)— [Cod. Nap. 1372—1375.]

mandante aut ex imperfecto mandato suscepit curanda [1]; unde obligatio oritur quasi ex contractu, mandati similis [2]. Quemadmodum autem perfecta non nascitur negotiorum gestorum obligatio, nisi talis sit gerens, qui se suis factis alii plene obligare potest [3]: sic contra error circa domini, i. e. ejus, cujus geruntur negotia, personam nihil impedit, quo minus efficiatur negotiorum gestorum obligatio [4], dummodo non, aliena gerere putans, sua ipsius gessit negotia, quo facto dominus quidem non obligatur, nisi quatenus aut locupletior factus est, aut retentionibus suum consequi potest gestor; adversus ipsum vero, qui gessit, negotiorum gestorum actio nihilominus locum habet [5]. Quodsi negotium aliquod gestum est ejus intuitu, ad quem nullo modo pertinebat, ratihabitione ejus, qui velut est dominus, fieri potest, ut hujus ipsius negotia gesta esse videantur [6].

§ 437. B) *Vis atque effectus.*

Obligatio ex negotiorum gestione oriunda est mutua inaequalis s. imperfecta (§ 328.); igitur duplicem efficit actionem, alteram directam, quae domino, alteram contrariam, quae negotiorum gestori datur [1]. Jam vero I) propter ea, quae, quamvis levi culpa, male gessit negotiorum gestor, domino obligatur [2], non etiam quae omisit, nisi quatenus ad perficienda ea, quae ab ipso coepta sunt, tenetur [3]. Casum non praestat, praeterquam si haud prohibentis negotia gessit [4], aut negotium aleae plenum suscepit [5], aut lucri faciendi animo sese alienis immiscuit negotiis [6], aut pacto in se recepit periculum [7]. II) Dominus autem similiter obligatur negotiorum gestori, ut mandatario is, qui mandavit [8]; quo quidem nomine et actione, scil. contraria negotiorum gestionis, utitur gestor, et retentione [9]. At nullum omnino jus habet ex negotiorum gestione, qui aut prohibentis negotia suscepit [10], aut non utiliter gessit [11]. Praeterea ideo cessat domini obligatio, quod donandi animo gestum impensumque

1) L. 1 2. 3. D. *h. t.* — Cf. L. 19. § 2. *eod.* — L. 6. 7. D. *ad Sct. Vell.* (XVI, 1.) et arg. L. 6. § 5. D. *h. t.*—Simile est argumentum L. 32. et 36. D. *h. t.*

2) § 1. I. *de obl., quae qu. ex contr. nasc.* — Cf. *Weber* naturl. Verb. § 9. nr. 5. p. 23.

3) Vid. L. 3. § 4. D. *h. t.* — Cf. *A. Schulting* enarr. part. 1. Dig. *h. t.* § 2.— Caeterum ejus quoque, qui ipse quidem obligationem contrahere nequit, recte geruntur negotia L. 3. § 5. 6. *eod.*—Cf. L. 46. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — *Weber* nat. Verb. § 71. p. 270 sqq.

4) L. 5. § 1. L. 6. § 8. L. 45. § 2. D. *h. t.*

5) Cf. L. 6. § 3 sqq. L. 49. D. *h. t.* — L. 14. § 1. D. *comm. div.* (X, 3.) — L. 33. in f. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) (cf. *Glück* Pand. Bd. V. § 421. p. 342 sqq. et *Kaemmerer* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. VIII, Diss. III. IV. VIII. — Vid. et supra § 232. in f. § 276. 9. 10.

6) L. 6. § 9 sqq.

§ 437.

1) § 1. I. *de obl., quae qu. ex contr. nasc.*

2) § 1. in f. I. *de obl., quae qu. ex contr. nasc.* — L. 21. § 3. D. *h. t.* — L. 20. C. *eod.* (cf. § 353. nr. II. et *Hasse* Culpa p. 520 — 523.). — L. 11. in f. D. *h. t.* — Vid. et not. seq. — (Caeter. cf. et *Kritz* üb. die Culpa § 17. p. 118 sqq.) At vero fieri etiam potest, ut non nisi propter dolum aut latam culpam gestor obligetur. L. 3. § 9. D. *h. t.* — De successoribus vid. L. 17. C. *eod.*

3) L. 6. § 12. L. 19. § 4. L. 21. § 2. L. 31. § 2. D. *h. t.* — L. 31. § 3. L. 38. D. *h. t.* — (Cf. § 229. not. 18. 19.)

4) L. 8. § 3. D. *h. t.* (cf. not. 10.).

5) L. 11. D. *h. t.*

6) L. 6. § 3. D. *h. t.*

7) L. 22. C. *h. t.* («Negotium gerentes alienum *non interveniente speciali pacto*, casum fortuitum praestare non compelluntur.») Cf. *Glück* Pand. V. § 422. a. p. 305—357.

8) L. 2. in f. L. 19. § 4. in f. L. 45. pr. D. *h. t.* — L. 45. § 2. D. *mandati.* — L. 3. et 18. C. *h. t.*

9) Cf. § 436. not. 1. 5. Vid. et L. 1. pr. D. *quib. mod. pign. solv.* (XX, 6.)

10) Cf. L. 8. § 3. D. et L. 22. C. *h. t.*—Cf. *Marezoll* in Arch. f. civ. Pr. VIII. p. 265. nr. III.

11) Vid. L. 43. in f. D. *h. t.* — Neque vero nocet, postea utilitatem casu esse interceptam. L. 10. § 1. L. 22. L. 37. § 1. D. *h. t.*

esse vel a domino probatur, vel ex rerum causarumque ratione intelligitur [12]). Quodsi de impensis quaeritur, eas tantum dominus necesse habet restituere, quae et utiliter et intra modum factae sunt, nisi simpliciter, quae gesta sint, ratihabuerit [13]). III) Caeterum quod ad juris rationem attinet, quae inter extraneos intercedat atque ipsos negotiorum dominos, actiones, quae directe quidem negotiorum gestori atque in eum competunt, utiliter domino atque adversus eum dari consueverunt, dummodo intuitu hujus vel rerum ipsius negotia gesta sunt, tum vero negotiorum gestor eorum nomine, quae ipse praestiterit extraneo, ut indemnis praestetur adversus dominum agere potuisset [14]).

§ 438. II) *Funeraria actio* (*).

Est species quaedam negotiorum gestionis, cum qui funus alienum faciendum curavit. Quod cum ita fit, ut in mandati vel negotiorum gestionis speciem res non cadat [1]), funeraria actio comparata est adversus eum, ad quem funeris curandi officium proprie pertinet, scil. sumtuum recuperandorum causa, qui et in ipsum funus et in monumentum sunt intra modum facti [2]). Qua in re id etiam singulare est, ut, quae nimis parce et velut inhoneste inque defuncti contumeliam impensa sunt, repeti nequeant [3]). Praeterea ut negotiorum gestorum, sic etiam funeraria actio eo cessat, quod vel donandi animo vel pietatis gratia factae sunt impensae [4]); at vero prohibitione plerumque non impeditur [5]).

§ 439. *De in rem verso* (*).

Est hujusce actionis similis causa ut exercitatoriae atque institoriae (§ 431. in. f.). Nam cum is, qui cum negotiorum gestore contraxisset, nullam olim actionem adversus ipsum negotiorum dominum haberet, primum quidem his, quorum pecunia, negotia gerente vel servo vel filiofamilias, in patrisfamilias rem aut necessario aut utiliter erat conversa, de in rem verso actio data est [1]). Quod quidem jus postea ad eos quoque translatum est, quibus cum sui juris hominibus res esset [2]). Jam vero, licet et de in rem verso actio, similiter ut negotiorum gestorum, eo nitatur necesse est, quod ex negotio gesto utilitas quaedam redundarit in dominum [3]), tamen propriam habet vim eamque duplicem, siquidem et sine cessione extraneo adversus dominum actio datur, et ea etiam uti potest,

12) Cf. inter se L. 27. § 1. L. 44. D. L. 2. in f. L. 11. et 15. C. *eod.*
13) L. 10. in f. L. 25. L. 31. § 4. D. *h. t.*—L. 9. *eod.*
14) a) Arg. L. 13. § 25. in f. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 1. § 18. in f. D. *de exercit. act.* (XIX, 1.)—b) L. 31. pr. D. *h. t.*— L. 66. § 3. D. *de evictionib.* (XXI, 2.).—*Auctoris* Cession § 14. p. 144 sqq. § 37. nr. 1. et § 44. p. 471. Nr. 1. not. 534.

§ 438.

(*) Dig. (XI, 7.) et Cod. (III, 44.) *de* (religiosis et) *sumtibus funerum.*
1) Vid. enim a) L. 14. § 12. D. *h. t.* — b) L. 14. § 15. *eod.*—Cf. L. 1. D. *h. t.*
2) L. 12. § 2. 3. D. *h. t.* — L. 12. § 5. L. 14. § 6. *eod.*- L. 14. § 3. et 4. L. 37. *eod.*
3) L. 14. § 10. D. *h. t.*
4) L. 14. § 7. 8. D. *h. t.*
5) L. 14. § 13. D. *h. t.* — Cf. et L. 14. § 11. et L. 32. pr. *eod.*

§ 439.

(*) Dig. XV, 3. et Cod. IV, 26.
1) § 4. I. *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur.*
2) L. 7. § 1. C. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. XIV. p. 419—421. et *Kaemmerer* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VIII. p. 349—361.
3) L. 3. § 2. D. *h. t.*—§ 4. I. *quod cum eo, qui in al. pot. est.* (IV, 7.) — L. 3. § 1. § 8—10. L. 7. 8. 9. 10. pr. § 1. D. *h. t.*

licet forte propter domini prohibitionem locum non habeat negotiorum gestorum contraria actio.

CAPUT X.

DE DONATIONIBUS.

Inst. (II, 7.). Dig. (XXXIX, 5,) Cod. (VIII, 54.) *de donationibus*. (Cf. Vaticana Fragmenta § 248 — 316.) —*J. F. de Retes* de donationibus (in *Meermani* thes. T. VI. p. 553 662.).—*S. C. Klinkhamer* (Pr. *J. van Hall*) comment. de donationibus. Amstelod. 1826. 8.—*F. W. L. de Meyerfeld* Lehre von den Schenkungen nach Röm. Recht. Vol. I. Marb. 1825.

§ 440. I) *Donationis notio et species.*

Donationis nomen, proprie quidem significans liberalem dationem [1], jam juris nostri auctores ad *conventionum* liberalium genus referre consueverunt [2]. Jam vero universim re proposita donationem dicere liceat omnem conventionem, qua res vel habenda vel utenda gratis alicui conceditur [3]; at accuratiore loquendi genere ita interpretanda res est, ut a commodato segregetur, similibusque praestationibus, quae quidem meras continent indulgentias. Donandi igitur conventionem eam intelligimus, qua id agitur, ut cum alterius lucro alter aut patrimonium diminuat, aut commodis, quae quidem facere potuisset, cedat [4]. Sunt vero duo velut summa donationum genera; nam aut inter vivos aut mortis causa donatur [5]. Quoniam autem de altero genere eo in loco a nobis exponendum erit, qui est de testamentorum jure (§ 760 sqq.), nunc inter vivos donationum genus superest solum, quod hoc in loco pertractetur. Atque hujus ipsius duplicem etiam statuere solent formam: alteram simplicis, ut vocant, alteram ejus, quae a consueta donationis natura aliquantum recedit, aut eo, quod conditio vel modus inest donationi [6], aut quod remunerandi causa fit donatio: vocant remuneratoriam donationem (§ 445.). Et prius quidem de simplici videbimus.

§ 441. II) *De personis et de rebus, in quibus versetur donatio.*

Sunt, inter quos donatio pleno jure consistere nequeat, velut inter eos, qui aut potestatis vinculo inter se sunt conjuncti, aut conjugio [1]; quam quidem locum in ca disciplinae nostrae parte tractabimus, quae est de familiarum jure

§ 440.

1) L. 35. § 1. D. *de mort. c. donat.* (XXXIX, 6.) — Vid. *de Retes* l. l. c. 2. § 7 sqq.—*de Meyerfeld* l. l. p. 2. nr. 6.

2) Vid. v. c. L. 2. L. 12. L. 33. pr. D. *h. t.* — *de Meyerfeld* § 12.

3) L. 29. pr. D. *h. t.* — L. 82. D. *de reg. jur.* — Cf. *Hasse* Güterrecht d. Ehegatten § 111.—*Rudorff* de lege Cincia § 1.

4) Cf. L. 1. D. *h. t.* — *Hasse* Rhein. Mus. I, 3. p. 190. § 1. — *Id.* Güterr. l. l. et § 112. (vid. et § seq. not. 6.).—*de Meyerfeld* l. l. § 1. — Vid. et § seq. not. 6. —[La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire, qui l'accepte. Cod. Nap. 894.]

5) Pr. I. *h. t.* L. 67. § 1. D. *de V. S.* — Caet. vid. *Klinkhamer* l. l. p. 92 sqq.

6) Cf. et L. 1—3. D. *h. t.*

§ 441.

1) a) L. 1. § 1. D. *pro don.* (XLI, 6.) — L. 11. C. *h. t.* (cf. Vat. Fr. § 294. —*Hasse* Rhein. Mus. I, 3. p. 211 sq. ibiq. not.).—b) Dig. (XXIV, 1.) Cod. (V, 16.) *de donationibus inter virum et uxorem.*— c) L. 3. § 2 — 8. D. L. 4. et 5. C. *de donat. int. V. et U.* — Cf. *Klinkhamer* p. 121 — 132. (§ 10—12.).

(§ 543 sqq. et § 570.). Praeterea minores omnimodo prohibentur donare [2]). Reliqua ex communibus de conventionum ineundarum principiis reguntur. Nec est, quod de rebus, in quibus versetur donatio, latius hic exponatur, siquidem donari possunt res omnes, quaecunque in patrimonio habentur [3]), totum etiam hominis patrimonium, sive pars illius pro indiviso [4]). Caeterum non solum rei vel juris translatio ad donationum causam pertinet, verum etiam ejus, quod debetur, remissio [5]). Nec igitur est, cur miremur, usum etiam rei gratuitum, dummodo merces pro illo peti praestarique plerumque soleat, inter donationes referri [6]).

§ 442. III) *De donationum forma ac modo.*

Forma donationibus propria antiquitus nulla erat, neque vero a communi conventionum jure exemta donatio. Unde sequitur, ut aut stipulatione confirmandae, aut sponte implendae essent conventiones de rebus donandis factae. At Cincia lege donationes ultra certum modum faciendae prohibitae sunt, nisi quae exceptis personis fierent [1]). Quae quidem lex imperfecta relicta est, quippe non rescindens donationes, quae, cum legitimum modum excederent, tamen essent solutae atque impletae [2]). Ex ista igitur lege non nisi exceptio dabatur adversus non exceptarum personarum actiones [3]). At deinde Praetores nec non JCti Cinciam legem partim supplendo partim emendando effecerunt, ut etiam actio daretur rescindendae donationis causa [4]), dummodo non superior interdicto is esset, cui ex donatione res tradita sit [5]); contra vero exceptio excluderetur doli replicatione, si quidem perseverantia usque ad extremum vitae spa-

2) L. 3. C. *si major factus alienationem ratam habuerit.* (V, 74.) — *Marezoll* Archiv f. civ. Pr. VIII. p. 279 sq. (Nr. VII.)

3) L. 2. 3. C. *h. t.* — L. 38. D. *de usufr.* (VII, 1.)

4) L. 35. § 4. 5. C. *h. t.*—L. 8. C. *de revoc. donat.* (VIII, 56.) — *F. G. Zoller* utrum donatio omnium bonorum valeat. Lips. 1768. (cf. § 443. not. 9. 10.)

5) L. 17. L. 23. pr. D. *h. t.* (cf. et not. seq.).

6) L. 9. pr. D. *h. t.*—L. 27. *eod.* (cf. *de Savigny* Zeitschr. f. hist. R. W. IV. p. 47 sq.). — Vid. et L. 14. D. *h. t.*

§ 442.

1) Val. Fr. de donationib. ad L. Cinc. §§ 259. 266. 293. 294. 298—313. (p. 69 sqq.). — *Savigny* Zeitschr. IV. Nr. I. — *Ad. A. F. Rudorff* D. de lege Cincia. Berol. 1825. 8. — *Wenck* in praef. ad *Hauboldi* opusc. I. p. XXXVIII — LXI. — *W. Francke* civilist. Abhandl. Nr. I. — *Klinkhamer* de donationib. ibiq. inprimis Cap. II. — *de Schroeter* observ. jur. civ. Nr. V.—*Hasse* Rhein. Museum I, 3. p. 185 sqq. III. p. 174 sqq.— *Unterholzner* ibid. II. p. 436 sqq. III. p. 155 sqq. —Cf. *Schrader* in ephemerid. jurid. Tub. I, 1. p. 184 sqq. — *Zimmern* in ephemerid. jur. Erlang. VI. p. 48 sqq. — *Warnkoenig* ibid. XIII. p. 245 sqq. — *F. A. Schilling* Bemerk. üb. Röm. R. G. p. 99—103. — Caeter. exceptae personae, quaenam fuerint, vid. supra § 210. — Cf. et *Rudorff* l. l. p. 29 sqq. — *Klinkhamer* l. l. p. 54 –72. (§ 10—12). — *Hasse* l. l. l. p. 214 sqq. (§ 20.). — *Unterholzner* l. l. II. p. 457 sqq. (§ 7.)

2) *Ulpiani* Fr. Tit. I. init. ibiq. *Cujac.*— *Savigny* l. l. p. 21 sqq. (Nr. VI.). — *F. A. Schilling* Animadversion. criticar. ad *Ulpiani* Fragm. Spec. I. (Lips. 1830.) p. 25 — 34. — (Cf. supra § 46. in f. ibiq. not. 6.)

3) Negant quidem *Rudorffius* (l. l. § 8. 9. p. 34. 35.) aliique, ex ipsa lege Cincia descendere exceptionem, verum id quoque a Praetoribus introductum esse, sibi persuasum habent. At legi, quamvis sit ex imperfectarum genere, quae quidem prohibeat, aliquid fieri, non potest non inesse vis, ut exceptione repellatur, qui promissionem legi contrariam sibi impleri petit, unde etiam *exceptio Cinciae* vocata est (Fr. Vat. § 266.). — Nobiscum consentit *Schilling* p. 33. — Cf. et *Francke* l. l. p. 26 sqq. — *Unterholzner* l. l. III. p. 154. — Nec de eo constat, quare *quasi popularis* haec exceptio vocata sit. (Vat. Fr. § 266.) — Cf. *de Schroeter* l. l. p. 97 — 100. — *Unterholzner* III. p. 155. not. 40. — *Warnkoenig* l. l. p. 258.

4) L. 21. § 2. D. *h. t.*—Vat. Fragm. § 266. — Cf. *Wenck* l. l. p. XLIV sqq. — *Hasse* l. p. 200. et p. 203 sq. — *Unterholzner* III. p. 156 sq. (§ 10. nr. 2.). — Vid. et not. seqq. — Caeter. dissent. *Francke* p. 22 sq. — *Warnkoenig* p. 249 —252.

5) Atque hinc est, quod inter mobiles et immobiles res discrimen statuatur: Vat. Fr. § 293. et 311. —Vid. *Francke* p. 34 sq. (nr. 3.).— *de Schroeter* p. 92. — *Warnkoenig* p. 254 - 256. — Aliter rem

tium voluntatem suam confirmarat donator [6]). Tota autem rei facies subinde immutata est, tum usu et consuetudine, tum vero maxime impp. constitutionibus [7]). Nam quae usu primum invaluerat, certe in majoribus rebus, forma, eam tamquam necessariam solennitatem imperatores sanciverunt, scil. ut scriptis fierent donationes, tum actis insinuarentur [8]), remota exceptarum et non exceptarum personarum differentia [9]), donec, post aliorum imperatorum innovationes [10]) a Justiniano constitutum est, ut etiam nudis conventionibus fierent donationes [11]), insuper adhibenda gestorum solennitate, s. insinuatione, si quingentorum solidorum summam egrederetur donatio [12]). Excipiuntur tamen ab insinuationis necessitate et imperiales donationes [13]), et quae aut pro captivorum redemtione fiunt [14]), aut a magistris militum ipsis quidem militibus [15]), aut in domuum vel incendio vel ruina corruptarum refectionem [16]), et futuri temporis usurarum donationes s. remissiones [17]), tum vero, ex nonnullorum quidem opinione, et quae piis corporibus donantur [18]). Praeterea haec etiam observanda sunt: 1) Fructus in donationis rationem non esse computandos [19]); 2) quodsi quis per diversa tempora plures donationes in eandem conferat personam, quae quidem conjunctae excedant quantitatem legitimam, opus non esse insinuatione [20]); 3) sin ejusmodi sit donatio, ut quantitates praestentur certis temporibus redeundae, non esse necessariam insinuationem, nisi aut in heredes porrigatur donatio, aut certum sit praestationis tempus definitum, ita quidem, ut singulis computatis quantitatibus legitimus modus excedatur [21]). Caeterum nec causae cognitio necessaria est in donationibus insinuandis, nec id requiritur, ut competens sit judex, apud quem fiat aestimatio [22]).

§ 443. IV) *Donationis vis.*

Ex pacto nascitur actio ad implendam donationem: vocatur condictio ex

explicant *Hasse* l. § 23. 24. 26. 27. III. p. 174 sqq. et *Unterholzner* III. p. 158 sqq.

6) Vat. Fr. § 259. in f. § 266. § 272. in f. § 294. 312. 313. — Cf. *Hasse* l. § 6. et 12. — *Unterholzner* III. p. 165 sq. § 12. — *Warnkoenig* p. 256 sq.

7) Argumenti historiam accurate persequutus est *Wenck* l. l. §§ XIV — XXII. — Vid. et *Marezoll* in *Grolmani Loehrii*que Magaz. IV. p. 175—203. (nr. 5.) — *Klinkhamer* l. l. p. 154 sqq. (§ 5 — 7.). — *Unterholzner* l. l. III. p. 167 sqq. (§ 13. 14.)

8) Cf. L. 1 — 6. Th. C. *de donat.* (VIII, 12.) — L. 25. et 27. Justin. C. *h. t.*

9) Caet. vid. *Wenck* l. l. § XV.

10) Vid. L. 29. et 30. C. *h. t.* (quibus etiam scriptis perficiendarum donationum necessitas remissa est); L. 31. et 32. *eod.*

11) Id enim dubio caret, si quidem ex se spectantur legis verba (L. 35. § 5. C. *h. t.*; cf. § 2. l. *eod.*), eaque est communis JCtorum sententia (cf. *Klinkhamer* p. 167 sqq. § 2.). — Caeter. vid. *H. Donell.* comment. jur. civil. XIII. c. 22. in f. At multo etiam magis a communi sententia recedit *Marezoll* Mag. IV. p. 91 sqq. — De ea autem quaestione: num in donationib. acceptatio omnino sit necessaria? vid. *C. G. Wenckleri* Progr. Lips. 1770. — Omnino cf. et *de Meyerfeld* l. l. § 12. Nr. 24 sqq.

12) L. 34. pr. L. 36. § 3. C. *h. t.* — *Marezoll* über die Insinuation d. Schenkungen (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. Nr. I.).

13) L. 34. pr. in f. C. *h. t.*—Nov. 52. c. 2.

14) L. 36. pr. C. *h. t.* (cf. *Marezoll* l. l. p. 25 sq. nr. 2.).

15) L. 36. § 1. C. *h. t.* (cf. *Marezoll* l. l. p. 24 sq. nr. 1.).

16) L. 36. § 2. C. *h. t.* (cf. *Marezoll* l. l. p. 26. nr. 3.).

17) L. 23. pr. D. *h. t.* — Vid. *H. G. Bauer* Remissionem debiti si excedit quingentos solidos exigere insinuationem judicialem. Lips. 1762. — Negat *Marezoll*, hanc esse donationem. At ipse respondit Modestinus: «in ea donatione» nihil inesse vitii.

18) Cui tamen opinioni legum verba manifesto refragantur. Vid. L. 19. C. *de sacrosanctis eccles.* (I, 2.) et L. 34. pr. et § 1. C. *h. t.* — *Marezoll* p. 40 sqq. (nr. 2.).

19) L. 9. § 1. L. 11. D. *h. t.*

20) L. 34. § 3. C. *h. t.* — Cf. *Marezoll* l. l. p. 17—20.

21) L. 34. § 4. C. *h. t.* — Cf. *Glossa* ad h. l. — *Marezoll* l. l. p. 20—23. (nr. 1—3.).—Caeter. vid. *Cujacius* obs. XV, 22.

22) Vid. *Pufendorf* obs. IV, 121.—*Thibaut* log. Ausleg. p. 35. not. X. et p. 37 sq. — *Marezoll* l. l. p. 11 sqq. (§ 3.). Cf. ibid. p. 6—11. — Caeter. cf. *A. Einert* (Pr. *Rau*) D. de donatione immodica coram competente judice insinuanda. Lips. 1805.

L. 35. C. *h. t.* [1]); qua tamen nec usurae morae petuntur [2]), nec fructus, qui quidem ante litis contestationem percepti sunt [3]). Neque ultra, quam facere potest, condemnatur promissor, scil. ante etiam deducto aere alieno [4]). Re tradita aut dominium acquiritur ei, cui donatum est, aut usucapiendi conditio [5]); evictionis autem tum etiam vitiorum nomine nihil praestandum est a donante, nisi aut ex pacto, aut ex dolo [6]), tum etiam evicta re, quam ex genere aliquo tradendam promisit tradiditque donator, quoad quidem in eo genere etiam supersunt res [7]). Nominibus donatis, simulatque perfecta est donatio, tamquam ex jure cesso obligatio transfertur [8]). Quodsi omnia bona donatione continentur, licet una actione, ut res transferantur, peti possit, tamen non nisi singulari titulo succedit is, cui donatur [9]); cui etiam consequens est, ut donantis creditores, qui fuerunt antequam perficeretur donatio, nisi ipsis pro debito res obligatae sunt, non adversus eum, qui possidet bona, sed adversus ipsum agant donatorem, qui quidem aut retineat aut repetat bona, vel partem eorum, quanta exsolvendis debitis sufficiat [10]). Caterum non insinuatae donationis ea est vis, ut, quatenus excedat quingentorum solidorum summam, in irritum cadat [11]).

444. V) *De revocanda donatione* (*).

Revocari non potest simplex donatio [1]), nisi aut ex inofficiosi causa, aut propter ingratitudinem ejus, cui donatum est; poterat Romano jure etiam patronus ob liberos postea susceptos revocare donationem libertis ipsius factam [2]). Quoniam vero posterior causa nihil ad nostros mores attinet [3]), de priori autem in juris hereditarii doctrina (§ 774.) a nobis exponendum erit, ea tantum superest, quam secundo loco posuimus; de qua hoc in loco breviter videamus. Igitur tamquam ab ingrato revocatur donatio ab eo potissimum, qui vel injurias do-

§ 443.

1) Cf. L. 35. § 5. C. *h. t.* — Nov. 162. c. 1. § 1. (cf. § 442. not. 12.).

2) L. 22. D. *h. t.* (vid. et L. 16. pr. D. *de usur.* XXII, 1.). — Vid. *Weber* nat. Verb. § 99. nr. 4.

3) Vid. L. 31. pr. D. *de reb. cred.* (XII, 1.) — L. 38. § 7. D. *de usur.* (XXII, 1.) (cf. L. 22. D. *h. t.* et supra § 228. nr. 5. not. 14.). — Neque vero bne facit L. 41. § 1. D. *de re jud.* (XLII, 1.); quippe quae de in rem actione intelligenda sit. — Cf. *Os. Aurelii* disp. 47. de variant. — *Cujacii* interpr. (*Otto* thes. III. p. 800. a.). — *Schulting* et *Smallenburg* in not. ad Dig. T. VI. p. 471.

4) L. 12. et L. 33. pr. D. *h. t.* (vid. et § 154. nr. 8.). — Cf. *Klinkhamer* l. l. p. 104—106. (§ 5.)

5) § 40. in f. I. *de rer. div.* — T. T. Dig. *Pro don.* (XLI, 6.) Cod. (VII, 29.). — *de Meyerfeld* l. l. § 10. et ibid. Nr. 39 sqq.

6) L. 62. D. *de aedil. ed.* (XXI. 1) — L. 18. § 3. D. *h. t.* — L. 2. C. *de evict.* (VIII, 45.)

7) Arg. L. 46. D. *de leg.* I. — Vid. *Schweppe* jur. Mag. p. 15 sqq. — *Glück* Pand. XX. § 1119. — Dissent. *Thibaut* civ. Abhandl. IV. p. 48 sqq.

8) L. 33. C. *h. t.* — *Auct.* Cess. § 52. nr. 1. (ed. 2.)

9) Vid. *Auctoris* obs. j. r. C. I. § 10. in f. — *Hasse* in Arch. f. civ. Praxis V, 1. p. 23. nr. 2. p. 26. nr. 2. et p. 28—31.

10) L. 22. C. *h. t.* et arg. L. 12. D. *eod.* et L. 72. pr. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — Quodsi ea adsunt, quae instituendae Paulianae actioni sufficiant, etiam adversus eum, in quem liberalitas collata est, agere possunt creditores. — Vid. § 174. not. 13. 17. — Cf. et *Güntheri* pr. jur. rom. nov. § 1048. not. k.

11) L. 21. D. *h. t.* (cf. *Hasse* Rhein. Mus. I. p. 206.). — L. 34. pr. L. 36. § 3. C. *h. t.* — *Klinkhamer* l. l. p. 160 sq. (§ 8.). — Caeterum ad res repetendas non modo condictitia actione, sed etiam in rem, si ita res feret, uti potest donator; arg. L. 34. § 1. in f. et § 2. C. *h. t.* — *Marezoll* l. l. (Zeitschr. I.) p. 43 sqq. (§ 7.).

§ 444.

(*) Cod. (VIII, 56.) *de revocandis donationibus.* — *Klinkhamer* l. l. p. 132 sqq. (§ 13.).

1) L. 2—7. C. *h. t.* — L. 7. C. *de cond. ob caus. dator.* (IV, 6.)

2) L. 8. C. *h. t.* (vid. et Vat. Fragm. § 272. ibiq. *de Buchholtz* p. 227.).

3) Vid. *Vinnii* sel. qu. II, 32. — *F. G. Zolleri* exerc. an donatio inter vivos legitime facta ob supervenientiam liberorum revocari possit? Lips. 1707.

natori intulit, vel damnum rei ejus familiari importavit, vel vitae periculum eidem paravit [4]). Quemadmodum autem nec heredibus nec adversus heredes haec actio datur [5]): sic neque adversus alium res donatae possessorem locum habet [6]), sed personali tantummodo utitur actione donator [7]), qua petit, ut rei sibi restituatur cum omni causa [8]).

445. VI) *De singularibus quibusdam donationum formis.*

Ex earum donationum formis, quae aliquantum recedunt a communi donationum indole, I) inprimis commemoranda est sub modo donatio [1]). Cujus, cum propria vis maximam partem ex iis cognosci possit, quae de modo supra (§ 111.) sunt disputata, pauca tantummodo hoc in loco nobis praecipienda sunt. Est igitur sub modo donatio, cui legem dixit donator [2]), hoc pacto, ut aut de usu rei certo modo statuat [2 a]), aut de restituenda re donata vel parte ejus sibi aliisve caveat [3]), aut mutuum aliquid esse ab accipiente praestandum paciscatur, quo quidem in onerosae conventionis nomen non prorsus transeat res [4]). Quodsi vero alioquin conditio adjiciatur donationi, non est sub modo contracta donatio [5]). Vis autem donationum, quae sub modo fiunt, his maxime continentur legibus: 1) cum mixti quodammodo negotii naturam ista donatio habeat, insinuatio non est necessaria, etiamsi quingentorum solidorum summa excedatur [6]); 2) nec ob eandem rationem revocari ea poterit ex animi ingrati crimine [7]). Contra vero 3) incerti vel praescriptis verbis actione agi potest ad implendum modum [8]), sive etiam ad rem reddendam condictione ob causam datorum, si quidem vel accipientis culpa fit, quo minus impleatur modus, vel in solo re-

4) L. 10. C. *h. t.* (vid. § seq. not. 7.). De matre ad secunda vota transeunte vid. L. 7. C. *h. t.* — Nov. 22. c. 35.

5) L. 1. in f. L. 7. L. 10. in f. C. *h. t.*

6) L. 7. C. *h. t.* « — Quicquid igitur *is*, qui — impietatis arguitur, ex titulo donationis *tenet*, — — matri reddere cogatur. Caeterum *ea*, quae adhuc matre pacifica — — *vendita*, *donata*, *permutata*, *in dotem data*, *caeterisque causis legitime alienata*, *minime revocamus*. »

7) Cui quidem renuntiari nequit, nisi postquam nata jam est; arg. L. 27. § 4. D. *de pact.* (II, 14.)

8) L. 7. C. *h. t.* « — vindicationis habeat effectum. » Vid. at supra § 228. nr. 2. — At onera interim rei imposita agnoscere tenetur revocans donationem. — Cf. not. 6. et supra § 271. context. ad not. 8. et 10.

§ 445.

1) Cod. (VIII, 55.) *de donationibus, quae sub modo (vel conditione, vel certo tempore) conficiuntur.* — Cf. *Fr. Bergmann* D. de natura donationum sub modo Romanar. Goett. 1808. (qui quidem tota ratione nobiscum dissentit). — Cf. *C. G. Waechter* de cond. e. d. e. n. s. in contr. innom. (Tub. 1822.) § 13. 14. p. 89 — 104. — *de Meyerfeld* l. l. § 20. — Omnino cf. quae supra § 111 de modo diximus.

2) Vid. *Hugo* R. G. XI. p. 539. — *de Meyerfeld* l. l. p. 389.

2a) L. 3. L. 6. C. *de condict. ob caus. dator.* (IV, 6.) — L. 2. § 7. D. *h. t.* — L. 13. § 2. D. *de don. inter V. et U.* (XXIV, 1.) — *de Meyerfeld* l. l. p. 418 sqq. Nr. 9.

3) L. 7. C. *de cond. ob caus. dator.* (IV, 6.) — L. 2. 3. C. *h. t.*

4) L. 2. C. *de cond. ob caus. dator.* — L. 3. C. *de contr. emt.* (IV, 38.) — L. ult. C. *de rer. perm.* (IV, 64.) — L. 1. C. *h. t.* — *de Meyerfeld* l. l. p. 412 sqq.

5) Vid. L. 25. C. *de donat.* (VIII, 54.) et L. 5. C. *h. t.* (cf. at not. 6. et 7.). — *de Meyerfeld* l. l. p. 391 sqq. Nr. 3. 4.

6) Vid. *Leyser* med. ad Pand. Sp. 455. m. 3. — Neque contraria est L. 25. C. *de don.* — Cf. not. 5.

7) Cui quidem contraria videtur esse L. 10. C. *de rer. don.* (VIII, 55.), ubi praecipitur: etiam ab eo tamquam ab ingrato revocari posse donationem, qui « conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. » Quae quidem verba ad nostram nihil attinere causam, ex eo certo apparet, quod adversus ingratum actio heredi non datur, cum revocandi jus propter non impletum modum ad heredes transire citra dubitationis aleam positum sit (cf. not. 9. 10.). Quare vel de simplicibus conditionibus donationi adjectis (not. 5.), vel de modo, quem quidem implere alioquin necesse non habeat accipiens (§ 111. nr. 3.), hunc locum esse intelligendum, equidem existimaverim.

8) L. 8. C. *de rer. perm.* (IV, 64.) — L. 9. et 22. C. *de donat.* (VIII, 54.) (cf. et § 344. not. 7. in f.)

stituendi officio versatur ejus obligatio [9]; quod si ita in alius utilitatem convenit, is utilem habet ex donantis pacto actionem [10]. II) Altera est singularium donationum species, quae beneficiorum remunerandorum causa fit [11]. Jam vero, cum beneficiorum esse memorem tamquam in naturali obligatione positum sit [12], conveniens est, ut ab ingrato non possit revocari, quod hoc modo donatur [13]. Unde tamen non efficitur, ut a formis aliisque cancellis, quibus alioquin legislatores hominum liberalitates circumscripserunt, soluta sit hujusmodi donatio. Quemadmodum igitur actis insinuanda est remuneratoria donatio [14]: sio nec fieri potest, ut contra juris publici rationem vel prohibitionem remunerationis causa donetur [15]. Ac multo etiam minus dici potest, ex remuneratoriae donationis promissione et usuras morae peti posse, nec beneficium competentiae, qnod vocant, prodesse donatori [16]. Etsi enim quantumvis libere fieri possint tales donationes, tamen nihil impedit, quo minus ipsa donatoris obligatio ex communi omnium donationum jure aestimetur.

CAPUT XI.

DE OBLIGATIONIBUS ET ACTIONIBUS, QUAE AD POENAS SOLVENDAS DAMNAQUE RESARCIENDA POTISSIMUM SPECTANT.

§ 446. *Loci constitutio.*

Tractantur hoc in loco eae tantummodo obligationes, quae non propter alius juris vel obligationis causam, verum sua natura et propria quadam, quae iis inest, vi ac potestate efficiunt, ut vel ad poenam expendendam vel ad damnum praestandum aliquis teneatur. At in maxima illarum causarum varietate tamen nobis esse perbrevibus licebit, siquidem aliae jam aliis in locis, propter argumenti nexum ac rationem, a nobis expositae sunt, aliae in juris criminalis disciplina uberius sunt explanandae, pleraeque autem ab usu nostro forensi ita abhorrent, ut verbo eas commemorasse sufficiat. Omnes vero hujuscemodi obligationum causae ad duo summa genera haud incommode referuntur: injuriam et aequitatem. Et quoniam de delictis omnique injuriae genere, quatenus omnino spectat ad civile jus, universim quidem satis supra diximus [1]); hoc in

9) L. 2. 3. 6. 8. C. *de condict. ob caus. dator.* (IV, 6.) (cf. § 111. nr. 2.). — Caeterum cum ea lege donatur, ut certa praestentur alimenta donatori, non impleto modo tamquam ex resolutiva conditione etiam vindicari potest, quod datum est. L. 1. C. *h. t.* — *Meyerfeld* l. l. p. 413 sq.

10) L. 3. C. *h. t.* — Cf. *Giphan.* ad h. l. (in lectur. Altorphin. p. 227.).

11) Cf. *C. Schildener* de differentiis inter donation. simplicem et remuneratoriam spuriis. Jen. 1798. (qui quidem, cum principiorum ratione, tum eorum, quae consequuntur, recedit a nostra sententia). — *Meyerfeld* p. 19.

12) L. 25. § 11. D. *de her. pet.* (V, 3.) — L. 27. L. 34. § 1. D. *h. t.* — L. 54. § 1. D. *de furt.* (XLVII, 2.)

13) L. 34. § 1. D. *h. t.* — Caeter. vid. *Leyser* sp. 436. m. 6. — *Meyerfeld.* p. 374 sqq.

14) Provocant maxime, qui contrariam sententiam tuentur, ad *Pauli* sent. rec. V, 11. § 6. (vid. *Schulting* in not. ad h. l.), unde quidem desumta est L. 34. § 1. D. *h. t.* — Sed vid. quae contra scripserunt *Pufendorf* obs. I, 18. atque inprimis *Marezoll* (Zeitschr. I.) p. 30—40. (nr. 1.). — Cf. et *de Schroeter* in ephemerid. jur. Erl. XI. p. 9 sqq.

15) Cf. supra § 441. not. 1. — Nec contrariae sunt L. 7. § 2. et L. 67. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.), quippe quae non ad remuneratorias donationes referendae, sed ad eas, quae vicissim fiunt. — *de Meyerfeld* p. 372 sqq.

16) Cf. supra § 443. not. 2. et 4.

§ 446.

1) Vid. § 349 sqq. et § 163. 164.

loco de iis quaerere jam nihil attinet. Igitur quae etiam supersunt tractanda, singula suis locis proponemus.

§ 447. I) *Obligationum, quae ex dolo proficiscuntur, singulae species.* A) *De actionibus, quae ex furto oriuntur, similibusque delictis.*

« Furtum [1]) est contrectatio rei fraudulosa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve » [2]). Duplex autem ex furto nascitur actio: altera rei, altera poenae persequendae causa. Et I) prior quidem, cui nomen est *condictionis furtivae* [3]), domino [4]) datur adversus furem [5]) heredesve ejus, ad rem furto ablatam cum omni causa restituendam [6]). Quodsi non exstat res, vel deterior effecta est, aestimatio ejus praestanda est, quanti res umquam plurimi fuerit a furti commissi tempore [7]). Quemadmodum autem necesse non habet dominus, refundere furi, quae in rem impensa sunt, sic contra petere potest, ut novae species et meliorationes ei praestentur, licet ab ipso fure factae sint [8]). Caeterum furtiva condictio et cum rei vindicatione concurrit [9]), et cum aliis actionibus, quae quidem rei ejusque quod interest persecutionem continent [10]). II) Altera est furti actio, eaque ex manifesto furto in quadruplum, ex nec manifesto in duplum datur [11]), cum domino [12]), tum ei, qui rei custodiam praestare necesse ha-

§ 447.

1) Inst. (IV, 1.) *de obligationibus, quae ex delicto nascuntur.* — Dig. (XLVII, 2.) Cod. (VI, 2.) *de furtis.*

2) § 1. I. *h. t.* inprimis *Theophil.* ad h. l. — Quae quidem definitio quomodo explicanda sit, tum de ejusdem usu forensi, in juris criminalis disciplina erit exponendum. — Cf. caeteroquin *Rosshirt* im neuen Archiv des Crim. Rechts III. nr. IV. — *Marezoll* in Archiv f. civ. Praxis VIII. p. 284 sq. nr. VI. — *de Buchholtz* jur. Abhandl. Nr. XXVI.

3) Dig. (XIII, 1.) et Cod. (IV, 8.) *de cond. furtiva.* — *A. O. Krug* selecta de condictione furtiva capita. Lips. 1830. 8.

4) L. 1. D. *h. t.* — Observ. tamen: a) Cessare condictionem, cum domini facto ab ipso discessit dominium (L. 10. § 2. 3. L. 11. L. 12. pr. § 1. D. *h. t.*); b) ei, cui res pignori data sit, non furtivam, sed incerti condictionem competere. L. 12. § 2. D. *h. t.* — Cf. *Krug* l. l. p. 89. not. 7. — *Buchholtz* l. l. Nr. XXVII. — Caeterum quidquid vel hac condictione vel furti actione (not. 12.) consecutus est creditor, in solutum debet imputare, nisi quod ipse debitor ei hoc nomine praestitit; L. 22. pr. D. *de pigner. act.* (XIII, 7.)

5) L. 12. in f. D. *usufructuar. quemadm. caveat.* (VII, 9.) — Quodsi a pluribus furtum factum est, singuli in solidum tenentur, sic tamen, ut, si ex furtiva quidem condictione ab uno satisfactum fuerit, reliqui liberentur (L. 1. C. *h. t.*), dummodo non alter ab altero rem surripuit, quo facto adversus utrumque condictio in solidum domino competit; L. 76. § 1. in f. D. *de furtis.* — Vid. *Krug* l. l. p. 82. not. 7.

6) L. 7. § 1. et 2. L. 8. pr. et § 2. D. *h. t.* — Ad causam vero rei et hereditatem servo furtivo delatam referendam esse, sponte intelligitur. Non est igitur, quod magnopere in eo laboremus, quomodo explicandum et cum aliis locis (velut L. 47. pr. *pro soc.* (XVII, 2.) et L. 11. § 2. D. *de servo corrupto.* XI, 3.) conciliandum sit, quod dicitur: « Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem, quod intersit agentis » (L. 3. D. *h. t.*); vid. *Krug* l. l. § 7. p. 35 sqq.

7) L. 8. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. 2. § 3. D. *de priv. delict.* (XLVII, 1.) — Cf *Krug* l. l. cap. I. et init. cap. II.

8) L. 13. D. *h. t.* — L. 52. § 14. D. *de furt.* (cf. supra § 252. not. 7.). — *Krug* l. l. § 5. et 6. p. 30. sqq.

9) § ult. in f. I. *h. t.* — L. 7. § 1. in f. D. *h. t.* — L. 8. pr. et L. 17. D. *h. t.* — L. 54. § 3. D. *de furt.* — L. 72. § 3. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — *Krug* l. l. § 9. 10. p. 79 sqq.

10) Vid. de toto hoc arg. *Krug* l. l. cap. III. p. 38 sqq. — Cf. supra § 140. Nr. I — III.

11) § 5. I. *de obl., quae ex del. nasc.* — Quodsi rei furto ablatae per se ac sua natura pretium inest, atque domino, plenissime re sua utenti, furtum factum est, dupli quadruplique computatio ad veram rei aestimationem referenda est (L. 50. pr. D. *de furt.*), sin secus, id quod interest aut duplabitur aut quadruplabitur. Cf. L. 27. pr. L. 46. § 1. D. *h. t.* — L. 80. § 1. *eod.*

12) Quemadmodum autem nec domino aliter competit haec actio, quam si ejus intersit, rem non perire (§ 13. 15. 16. I. *h. t.* —; cf. L. 80. pr. D. *de furt.*) —: sic contra alii, propterea quod interest illorum, dominorum instar habentur, ut b. f. possessores (L. 12. § 1. L. 52. § 10. D. *eod.*), ut creditor pigneratitius (§ 14. I. L. 12. § 2. L. 15. pr. L. 46. § 4. L. 87. D. *eod.*), ut usufructuarius et usuarius (L. 46. § 1. et 3. *eod.*), hoc pacto, ut ad utrumque, et ad dominum et ad eorum aliquem, quos diximus, furti actio pertinere possit (cf. l. l. modo excit. et *Hasse* Culpa des R. R. § 82. nr. I. p. 403 sq. et § 91. p. 465 sqq.). — Caeterum etiam colono fructuum nomine, qui, antequam perciperentur, subrapti essent, furti actio datur, L. 82. § 8. D. *de furt.* Cujus rei rationem attulit *Paulus* L. 26. in f. D. *eod.*; cf. supra § 253. not. 3. a. — Vid. at L. 52. § 8. D. *de furt.*

bet[13]), adversus furem[14]), eumve, cujus ope consiliove furtum factum est[15]). Rei autem ex hereditate amotae nomine furti agi non potest, scil. si aut ante aditam hereditatem amotio facta est, aut post aditam, antequam res ab herede possessae sunt; igitur extra ordinem coerceatur, qui res hereditarias expilavit[16]). Est etiam affinis furto rapina[17]), unde mixta actio (§ 139. II. not. 21.) de vi bonorum raptorum in quadruplum datur[18]), non solum domino, sed omnino omnibus, quorum interest, rem non auferri[19]). Caeterum et furti tenetur, qui rem rapuit[20]), sic tamen, ut, si ante actum sit vi bonorum raptorum, furti actio denegetur, sin furti prius agatur, illa actione non nisi id, quod amplius sit in ea, consequi possit[21]). Singularis etiam propter arbores furtim caesas in duplum competit actio[22]).

§ 448. B) *De injuriarum actione* (*).

Injuriam (vid. supra § 349.) committit, et qui contra naturalem hominis conditionem ingeniique facultates aliquid facit[1]), et qui hominis libertatem aut simpliciter impedit[2]), aut juribus suis cujusque utendi potestatem[3]), et qui alioquin prohibet, quo minus id aliquis faciat, quod aut naturali omnium jure aut lege civitatis facere vel omnibus hominibus licet, vel his, qui certae sunt civitati certoque ordini adscripti[4]); denique, qui contumeliose in aliquem agit vel dicit, quo quidem existimatio (§ 189.) hominis laeditur; eaque prae caeteris injuria vocatur[5]). Quoniam autem de injuria, ejusque et notione, et speciebus, et vi, qualem in foris nostris habeat, proprius est in criminalis juris disciplina explicandi locus, hoc quidem in loco de injuriarum actione breviter tantummodo ac summatim quaedam nobis supersunt praecipienda. Duplex igitur Romano jure injuriarum vindicandarum nomine actio, qua quidem civiliter agatur, proposita est, altera praetoria, altera civilis, ex Cornelia lege descendens[6]). Atque haec quidem, quamvis proprie spectabat ad poenam publicam iis infligendam, qui certis ex causis injuria aliquem affecerint, tamen iisdem ex causis etiam civiliter agere permisit injuriam passis[7]). Jam vero utraque actio injuria offensis[8]) datur, adversus eum, qui intulit injuriam[9]), ad id consequendum,

13) § 15. et 16. I. L. 12. pr. L. 14. pr. in f. § 2. et § 12. L. 78. D. *h. t.* — Cf. *Hasse* l. l. p. 404 — 473. — Vid. et § 15. I. *h. t.* (*verb.* : «Fulloni — — non aliter furti actionem competere —») § 16. *eod.* (*verb.* : «Sed nostra providentia — »). L. ult. C. *eod.*

14) De pluribus, qui furto rem abstulerunt, vid. L. 21. § 9. D. *h. t.* — L. 1. § 19. in f. D. *si is, qui test. lib. esse juss.* (XLVII, 4.) — De heredib. antem furis vid. L. 1. pr. D. *de delict. priv.* (XLVII, 1.) et infra § 611.

15) § 12. in f. I. *h. t.* — L. 34. D. *eod.*

16) Dig. (XLVII, 19.) Cod. (IX, 32.) *expilatae hereditatis*. Datur et ad exhibendum actio.

17) Inst. (IV, 2). Dig. (XLVII. 8.). Cod. (IX, 33.) *de vi bonorum raptorum*. — *Savigny* in d. Zeitschr. f. hist. R. W. V. nr. III.

18) L. 2. pr. D. *h. t.* — Pr. I. *eod.*

19) L. 2. § 22. D. *h. t.* — § 2. I. *eod.*

20) Pr. I. *h. t.* — L. 2. § 10. et § 26. D. *h. t.*

21) L. 1. D. *h. t.*

22) Dig. (XLVII, 7.) *arborum furtim caesarum*. — *Hasse* Culpa des R. R. p. 23. et p. 43 sqq.

§ 448.

(*) (IV, 4.). Dig. (XLVII, 10.). Cod. (IX, 35.) *de injuriis*. — Cf. inprimis *Walteri* diatr. § 189. not. *. a nobis laud. et add. *A. D. Weber* üb. Injurien n. Schmähschriften I—III. Schwerin 1803—1811. (ed. III.)

1) Vid. v. e. L. 15. pr. D. *h. t.*

2) L. 11. § 9. D. *h. t.*

3) L. 13. § 17. (*verb.* : «aut si quis re mea uti me non permittat»). — L. 23. 24. D. *h. t.* — L. 21. § 7. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 25. in f. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)

4) Vid. L. 13. § 7. D. *h. t.* — L. 2. § 9. D. *ne quid in loco publ. fiat.* (XLIII, 8.) (cf. § 217. not. 3.).

5) L. 1. pr. § 1. et 2. D. Pr. et § 1. I. *h. t.*

6) § 7. et 8. I.

7) L. 5. pr. L. 37. § 1. D. *h. t.*

8) § 1. I. *de perpet. et temp. act.* — L. 7. § 1. L. 28. D. *h. t.* — *Auctoris* Cession p. 295 sqq.

9) Cf. § 11. I. L. 11. pr. § 3—6. D. *h. t.* — Vid. et loc. not. 8. excitt.

quanti actor injuriam aestimaverit, scil. moderatione etiam, si res ite feret, a judice adjicienda aestimationi [10]). Est tamen inter utramque quod differat, siquidem praetoria anno finitur, civilis perpetua est [11]); rursus vero praetoria hi quoque utuntur, qui injurias aliis factas, quasi ad se pertinentes, vindicare possunt, velut pater, aut maritus [12]), non item civili [13]). Caeterum quae ad publicam poenam injuriae auctori inferendam comparata est actio, non nisi elective, ut vocant, cum ea concurrit, qua ad poenam privatam consequendam agitur [14]).

§ 449. C) *Alia delictorum, quae dolo committuntur, exempla.*

Aliae sunt delictorum formae, quae quidem dolum contineant injuriam facientis, hae: 1) damnum turba, i. e. tumultu datum; unde in eum, qui dolo malo aut in turba damnum dedit, aut tumultum coegit, intra annum in duplum actio competit [1]). 2) Adversus eum, qui incendio, ruina, naufragio, aliaque singulari calamitate, quocunque injuriae genere damnum dedit, in quadruplum actio intra annum datur [2]). 3) Ob sepulchrum violatum ei, qui laesus est, arbitraria actio datur, aut si nemo erit, ad quem ea res pertinet, sive agere nolet, cuicunque, qui volet ex populo, in centum aureorum, nonnunquam in ducentorum aureorum summam agere permittitur [3]). Est etiam 4) adversus servi corruptorem de servo corrupto actio in duplum ejus, quanti ea res erit, proposita [4]), quae quidem utiliter et propter filiorum filiarumve familias corruptiones patri datur [5]). Praeterea 5) et jurisdictionis tuendae, et judiciorum causa actiones quasdam poenales Praetor proposuit, cum populares, tum eorum in commodum, ad quos ea res proprie spectat, velut *de albo corrupto* judicium [6]), tum vero poenalis actio adversus eum, qui jus dicenti non obtemperaverit [7]), porro in factum judicium contra eum, qui in jus vocatum vi exemerit [8]); denique in eum, qui dolo malo fecit, quo minus quis in judicium vocatus sisteret [9]). Neque vero 6) silentio est praetereunda in factum actio contra eum, qui, ut calumniae causa negotium alicui faceret vel non faceret, pecuniam acceperit, vel omnino aliquid compendii tulerit [10]). Quae quidem actio intra annum in quadruplum ejus pecuniae datur, quam quis accepit vel lucratus est, ac praeterea is, qui aliquid dedit, ut ne alii negotium fieret, condicere potest, quod dedit [11]).

10) § 7. 1. L. 37. § 1. D. *h. t.* — Cf. *Gensler* in Archiv f. civ. Praxis I. nr. XI.

11) L. 5. C. *h. t.* — Pr. I. *de perpet. et temp. act.*

12) § 2. 3. I. L. 1. § 3—9. D. *h. t.*

13) L. 5. 6. D. *h. t.*

14) L. 6. D. *h. t.*—Cf. supra § 350. not. 11.

§ 449.

1) L. 4. D. *de vi bonor. raptor. et de turba.*

2) Dig. (XLVII, 9.) *de incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata.*

3) Dig. (XLVII, 12.) et Cod. (IX, 19.) *de sepulchro violato.*—Quocum remedio proxime cohaeret in factum actio, tum etiam interdictum de mortuo inferendo, quae et religiosorum locorum tuendorum et funeris ducendi causa proposita sunt. — Cf. L. 8. 9. L. 38. 39. D. *de relig.* (XI, 7.) — Nov. 60. c. 1. § 1. —Dig. (XI, 8.) *de mortuo inferendo et sepulchro aedificando.*—(Cf. et § 215. not. 5—7.)

4) Dig. (XI, 3.) et Cod. (VI, 2.) *de servo corrupto.*

5) L. 14. § 1. D. *h. t.* (cf. *Gluck* Pand. XI. § 753. 754.).

6) L. 7—9. D. *de jurisd.* (II, 1.)

7) Dig. (II, 3.) *si quis jus dicenti non obtemperaverit.*

8) Dig. (II, 7.) *ne quis eum, qui in jus vocatur, vi eximat.*

9) Dig. (II, 10.) *de eo, per quem fact. erit, quo minus quis in jud. sistat.*

10) Dig. (III, 6.) et Cod. (IX, 46.) *de calumniatoribus.*

11) Cf. L. 5. § 1. L. 7. pr. D. *h. t.*

§ 450. II) *De injuriae genere, quae culpa committitur.* A) *Damnum injuria datum, ut prae caeteris vocatur* (*).

Damnum injuria datum [1]) Lege Aquilia vindicatur. Quae cum primo et tertio capite [2]) damnorum genus, ad quod legis praecepta pertinerent, notionibus satis quidem angustis definivisset, hoc pacto, ut non nisi ea complecteretur damna, quae corpore corpori data essent, sensim tamen fines ejus prolati sunt, eum utilibus tum in factum actionibus ex Lege Aquilia introductis [3]). At illud semper stetit tamquam principium, ut locus non esset actionibus ex Lege Aquilia, nisi et faciendo damnum vel inferretur vel certe excitaretur [4]), et corpus aliquod injuria facientis aut deperditum corruptumve [5]), aut subductum esset [6]), sive id manus inferendo fieret, sive alio quoquo modo [7]). Praeterea et injuria appareat damnum inferentis [8]), et culpa eo nomine contracta [9]). Dominium autem, sive civile s. praetorium, vel saltem jus in re habeat necesse est, qui actione ex Lege Aquilia usurus sit [10]), praeterquam quod paterfamilias liberorum potestati ejus subjectorum nomine utiliter hac actione experiri potest [11]), itemque liber homo ob vulnera ipsi inflicta [12]). Ipsa vero actio ex L. Aquilia poenalis mixta est [13]), atque ex primo capite adversus eum, qui servum quadrupedemve pecudem injuria occiderit, in tantum datur, quanti res in eodem anno plurimi fuerit [14]), ex tertio autem capite propter reliquum damni injuria dati genus in id, quanti in triginta diebus proximis, iisque retrorsum computatis, plurimi res fuerit [15]), ac praeterea in utraque causa in id quod interest adversarius condemnabitur [16]). Quodsi liber homo laesus est, is, qui agit, non nisi operarum, quibus caruit, mercedem, tum etiam impendia, quae in curationem facta sunt, consequetur [17]).

§ 450.

(*) Inst. (IV, 3.). Dig. (IX, 2.) et Cod. (III, 35.) *ad Leg. Aquiliam.* — *Noodt* ad Leg. Aquiliam lib. singular. (opp. I. p. 119—149.). — *v. Loehr* Theorie der Culpa Abschn. II. p. 81—152. — *Schoeman* Handb. des Civ. R. p. 204—252. — *Hasse* die Culpa des Röm. R. Cap. I. u. II. p. 10—95.

1) *Hasse* l. l. p. 56 — 70. — Cf. supra § 349. et § 350. not. 4—6.

2) De secondo cap. vid. § 12. I. L. 27. § 4. D. *eod.* — *Gaji* instit. III. § 215.

3) § 16. I. *h. t.* — L. 33. in f. D. *eod.* — L. 7. § 6. L. 9. pr. *eod.* (cf. *Westenberg* Digest. h. t. § 38. 39.). — *Auctoris* Cession p. 140 sqq. not. 252.

4) L. 13. § 2. D. *de usufr.* (VII, 1.) — Vid. et L. 8. pr. L. 27. § 9. (Vid. *Hasse* l. l. p. 29 sq.) — L. 30. § 3. D. *h. t.* et cf. L. 57. D. *loc. cond.* (XIX, 2.) Quam quidem legem varie interpretantur. Vid. *Loehr* Beitr. zu d. Theorie d. Culpa p. 158 — 160. — *Schoeman* Jur. Fragm. p. 88. 80. — *Hasse* l. l. p. 40. not. h. — *Zimmern* Syst. d. Noxalkl. p. 2 sqq.

5) L. 2. pr. L. 27. § 5 sqq. D. *h. t.*

6) § ult. in f. I. *h. t.* — L. 7. § 7. D. *de dolo.* (IV, 3.)

7) § ult. I. *h. t. verb.*: « veluti si quis hominem alienum — — — corporis partem laesus fuerit. » — L. 49. pr. D. *h. t.* (cf. not. 3.).

8) § 2. I. L. 4. pr. L. 5. pr. L. 49. § 1. L. 52. § 1. D. *h. t.* (cf. § 340. nr. I.).

9) § 3—5. I. *h. t.* — L. 5. § 1. L. 44. D. *h. t.* (cf. § 340. nr. II. § 352. not. 15.). — De nexu culpae Aquiliae cum ea, quae propter obligationem praestanda sit, vid. supra § 353. init. et not. 1—3.

10) L. 11. § 6. 9. 10. L. 12. L. 17. pr. L. 30. § 1. D. *h. t.*

11) L. 5. in f. L. 6. D. *h. t.* — L. 13. § 4. D. *loc.* (XIX, 2.)

12) L. 13. pr. D. *h. t.*

13) § 19. I. *de act.* — § 9. I. *h. t.* — Quae quidem actio adversus plures in solidum competit (L. 11. § 2. L. 23. § 10. D. *h. t.*), tum etiam in earum est numero actionum, quae adversus infitiantem in duplum dantur; L. 2. § 1. D. *h. t.* — cf. § 142. nr. 3. et not. 5.

14) Pr. et § 9. I. *h. t.* — L. 2. pr. D. *eod.* (cf. *Weber* ad *Hoepfnerum* § 1051. not. * .). — L. 21. pr. et § 1. L. 23. § 2 sqq. D. *eod.*

15) § 13. 14. 15. I. *h. t.* — L. 27. § 5 sqq. L. 29 in f. D. *eod.*

16) § 10. I. L. 21. § 2. L. 22. 23. pr. § 1. et 2. D. *h. t.*

17) L. 5. § 3. L. 7. pr. D. *h. t.* — L. 13. pr. *eod.* — L. ult. D. *de his, qui effuder. v. dejecer.* (IX 4.) — Cf. *Glück* Pand. X. § 703. nr. 6. p. 389 sq. et *Gensler* in Archiv f. civ. Praxis I. nr. XI.

§ 451. B) *De aliis, quae culpa contrahuntur obligationibus.*

Culpa etiam contrahunt obligationem, praeter eos, qui in Legem Aquiliam committunt : 1) judex, qui aut dolo aut per imprudentiam male judicavit, qui quidem litem suam fecisse dicitur, ideo, quod in factum actio quasi ex delicto adversus eum datur, qua id actor consequetur, quod acquum ob eam rem judicanti videbitur [1]). Idemque de eo etiam dicere conveniens est, qui voluntariae jurisdictionis munere exercendo culpa sua damnum dedit [2]). Praeterea 2) is, qui feras bestias aliaque, quae nocere solent, animalia, ibi habet, ubi vulgo iter fit, si ea re liber homo perierit, in ducentos solidos, sin nocitum illi sit, tanti, quantum bonum et aequum judici videbitur, propter damna vero rebus illata in duplum damni dati, ex Aedilium edicto condemnandus est [3]).

§ 452 III) *De his, qui citra ipsorum dolum vel culpam obligantur, quasi deliquerint. Actiones de effusis et dejectis* (*).

Sunt qui, licet ipsi nihil deliquerint, tamen quasi ex propria culpa teneantur, ideo, quod in magna eorum diligentia damnum ab ipsis potuisse praeverti videatur [1]). Jam hac ex causa actio de effusis et dejectis adversus inhabitatores datur coenaculorum, unde in locum, ubi vulgo iter fit, aliquid dejectum vel effusum est, hoc pacto, ut liberi hominis occisi nomine popularis actio in 50 aureos competat, si alio modo personae ejus nocitum sit, in id quod interest, sin rebus damnum datum, in duplum judicium ei, qui laesus est, detur [2]). Adversus plures, qui una inhabitant coenaculum, in solidum haec actio locum habet [3]). Quodsi de navi dejicitur, utilis actio in eum datur, qui navi praepositus est [4]). A qua actione plurimum differt ea, quae de periculose positis et suspensis datur; quippe quae et antequam damnum datum est, nec adversus alium, nisi qui positum vel suspensum habet, competat [5]).

§ 453. B) *Nautarum, cauponum, stabulariorum obligatio.*

Adversus navium, cauponarum, stabulorum exercitores [1]) duplex actio pro-

§ 451.

1) Cf. L. ult. D. *de extraord. cognit.* — L. 13. Pr. I. *de obl., quae qu. ex del. nasc.* — L. 5. § 4. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 15. § 1. D. *de jud.* (V, 1.) — Quodsi dolo fecit judex, licet eadem actione adversus eum uti possit, cui damnum datum est, tamen et aliis praeterea subjicietur poenis. L. 2. C. *de poena judicis, qui male judicavit* (VII, 49.) — Cf. *Weber* von d. nat. Verbindl. § 12—16. et ib. inprimis § 12. not. 4. A quo dissent. — *Loehr* Theorie der Culpa p. 195 sq. nr. 3. — Cf. et *G. Weber* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VII. diss. I.

2) Arg. L. 4. et 6. D. *de magistr. conven.* (XXVII, 8.) — L. 2. C. *eod.* (V, 75.) — *Struben* rechtl. Bed. V. nr. 123.

3) L. 40. § 1. L. 41. L. 42. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — § 1. I. *si quadrup. pauper. fec. dic.* — Cf. *Pauli* sent. rec. I. Tit. 15. § 2. — Vid. et ibi § 1. (*Zimmern* Syst. d. Noxalklagen § 29. p. 97 sq.).

§ 452.

(*) Dig. (IX, 3.) *de his, qui effuderint vel dejecerint.*

1) L. 1. § 4. D. *de his, qui effuder.* „— culpa enim penes eum est. *Nec adjicitur culpae mentio.*" — L. 7. § 4. *nautae* rel. — L. 5. in f. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)

2) L. 1. pr. § 1-9. L. 5. § 3-5. L. 6. pr. § 1. et 2. L. 7. D. *h. t.*

3) L. 1. § 10. L. 2—4. D. *eod.* — Cf. L. 5. pr. § 1. 2. *eod.*

4) L. 6. § 3. D. *eod.*

5) § 1. I. *de obl., quae qu. ex del. nasc.* — L. 5. § 6—13. D. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. X. § 710. p. 401—408.

§ 453.

1) L. 1. § 2. 4. L. 5. pr. D. *nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant.* (IV, 9.) — Cf.

posita est peregrinantibus, qui apud illos damnum passi sunt: altera est in factum quasi ex maleficio [2]), eaque vectoribus viatoribusque datur ad duplum damni reparandum, quod dolo vel furto illatum est eorum, quorum opera utitur exercitor [3]), quique habitandi causa in caupona sunt [4]), non eorum, qui ut vectores vel viatores in navi aut caupona commorantur [5]). Quae, cum poenalis sit, in heredes non competit [6]). Altera est in factum actio de recepto, quae adversus exercitorem ita datur, quasi is salvas res fore viatoris vel vectoris tacita conventione in se recceperit [7]). Eaque petitur, ut res restituantur damnumque a quovis datum resarciatur [8]). At de fatalibus damnis, tum de iis, quae per vim contigerunt talem, cui resisti non poterat, nullo modo tenentur exercitores [9]). Probare autem necesse habet, qui agit, aut receptas esse res ab exercitore ejusve ministris [10]), aut eo sciente illatas esse in navem, cauponam vel stabulum [11]); nec vero in litem jurare licet ei, cui damnum datum est [12]). Utrum vero gratis sit receptus viator vel vector, an merces interveniat, nihil interest [13]). Quemadmodum autem adversus eos locum non habet haec actio, qui, cum non exerceant navem, vel cauponam, vel stabulum, tamen peregrinantes eorumque res, quamvis mercede constituta, in domus suas recipiunt [14]): sic nec contra ipsos exercitores, qui extra negotium suum receperunt [15]). Cessat etiam cum propter protestationem ab exercitore rite interpositam [16]), tum vero plerumque etiam eo, quod rursus emigrat peregrinans e navi, vel caupona, vel stabulo [17]). Caeterum improbanda videtur hujus juris translatio ad aurigas, aliosque, qui praeter eos, quos nominat edictum, peregrinantium vel personas vel res recipere solent [18]).

§ 454. IV) *De damnorum, quae per res nostras inferuntur, restituendorum obligatione.*

Est velut naturalis dominorum obligatio, ut provideant, ne per res suas aliis

Noodt ad h. t. (opp. II. p. 116. 1176 sq.) [Neque vero contra dominum navis proposita est actio. — Cf. L. 1. § 15. D. *de exercit. act.* (XIV, 1.) — E. G.]

2) § 3. I. *de obl., qu. ex del. nasc.* — L. un. D. *furti advers. nautas, caupones, stabularios.* (XLVII, 5.) — L. 7. pr. § 1 — 3. § 5. D. *nautae, caupones* rel.

3) L. un. § 6. D. *h. t.* — L. 6. § 1. D. *nautae, caupones* rel. — Cf. *Noodt* ad Tit. *nautae, caup., stabul.* rel. (opp. II. p. 118.).

4) L. 6. § 3. D. *nautae, caupones* rel. — L. un. § 6. D. *h. t.*

5) L. un § 6. D. *h. t.* « — Namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest inter agentes. » Quae quidem verba, quoniam pugnare videntur cum his, quae ab eodem Ulpiano alibi proferuntur (L. 1. § 1. D. *nautae, caupon., stabul.*: « nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant »), causam dederunt recentioribus quaerendi: utrum necessitas imposita sit cauponibus, recipiendi viatores, nec ne? Quam ex civilis juris ratione esse negandam, nobis quoque verius videtur. Neque tamen ideo admittenda est tam dura superiorum verborum interpretatio, qualem proposuit *Ferd. Kaemmerer* observ. jur. civ. (Rost. 1827. 8.) Cap. II. (p. 117 sqq. ibiq. maxime § 4. p. 128 sqq.). — Vid. *Husehke* in ephemer. Tub. III. p. 24 sq. — *de Schroeter* in ephem. Erl. XI. p. 3. in f. sq. — *Guyet* Archiv für. civ. Pr. XVI. p. 41. sqq. — A. L. Z. anni 1835. mens. April. Col. 588.

6) L. 7. § 6. D. *nautae, caupones* rel.

7) Dig. (IV, 9.) *nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant.* — Edicti verba vid. L. 1. pr. D. *h. t.*; de ejus autem utilitate L. 1. § 1. et L. 3. § 1. *eod.*

8) L. 1. pr. § 1. § 6—8. L. 3. § 1. L. 5. § 1. D. *h. t.* (IV, 9.). — Cf. L. 3. § 4. *eod.*

9) L. 3. § 1. D. *h. t.* (*verb.*: « nisi si quid damno fatali contingit » *rel.*). — [Non magis tenentur de damnis viatorum culpa datis. — De damno quod fecerit viatoris servus vid. L. 6. § 1. D. *h. t.* — E. G.]

10) L. 1. § 3. D. *h. t.* (IV, 9.). — L. 1. § 5. in f. *eod.* — L. un. § ult. *furti adv. nautas.* (XLVII, 5.).

11) L. 1. § 8. D. *h. t.* (IV, 9.)

12) Cf. *Gluek* Pand. § 491. (Bd. VI. p. 121 sqq.).

13) L. 6. pr. D. *h. t.* (IV, 9.)

14) *Hofaeker* Pr. jur. civ. R. G. § 4032. or. I. ad not. b. c.

15) L. 3. § 2. D. *h. t.* (IV, 9.) (vid. not. seq.).

16) L. 7. pr. D. *eod.* — Cf. *Glück* l. l. § 489.

17) Cf. *G. J. F. Meister* pract. Bemerk. aus d. Crim. u. Civ. R. II. Nr. VII.

18) Vid. *Hoepfner* et *Weber* Comment. über die Instit. not. 1. — Caeter. cf. *Glück* l. l. § 493. et *Ferd. Mackeldey* D. quatenus a. de recepto contra aurigas et curatores mercium seu speditores competat. Helmst. 1806.

damnum inferatur. Quam in rem id cautum est a juris nostri auctoribus, ut propter damna, quae ab inanimatis rebus data sint, is, cujus interest, donec ipsi satisfactum sit, retinendi potestatem habeat [1]); propter hominum vero alius potestati subjectorum, tum etiam animalium noxas [2]), noxales actiones dandae sint adversus dominos [3]). Jam vero cum noxales actiones, quatenus quidem ex hominum maleficiis dari consueverant, partim a Justiniano sint abrogatae [4]); partim moribus nostris sponte ab usu recesserint: una illa superest noxalis actio hoc in loco commemoranda, quae propter animalium noxiam s. pauperiem proposita est [5]). Datur igitur haec actio proprie quidem ob quadrupedis, utiliter vero etiam ob aliorum animalium pauperiem [6]), talem quidem, quam contra naturam sui generis animal fecit [7]), ei, cujus interest, damnum non esse factum [8]), adversus illum, qui litis contestatae tempore dominus possessorve est animalis [9]), vel antea dolo desiit possidere [10]), hac potestate, ut aut litis aestimationem ferre, aut noxae animal dedere necesse habeat is, quocum agitur [11]). Quodsi post litem contestatam animal sit occisum, actionem, scil. ex Lege Aquilia, dominus, nisi litis aestimationem offerre malit, mandet actori [12]). Falso autem negando, suum esse animal, noxae dandi animalis actionumve cedendarum jus amittitur [13]). Ea vero, cujus etiam separatim mentio fit in juris nostri libris, de pastu actio, quamvis ex XII tabulis repetatur, vi tamen atque effectu ad illud injuriae genus, quod Aquilia lege vindicatur; referenda est [14]).

§ 455. V) *Damni restituendi obligatio, quae ex mera aequitate proficiscitur.*
A) *In factum actio, quanto quis locupletior factus est* (*).

Ex mera aequitatis ratione descendunt obligationes, quarum vis omnis ac causa in eo potissimum tamquam principio posita est: quod natura aequum sit, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem [1]). Quoniam autem singulae earum obligationum, quae ex principio illo profectae sunt, jam aliis in locis

§ 454.

1) L. 5. § 4. D. *ad exhib.* (X, 4.) — L. 7. § 2. L. 9. § 3. D. *de damno inf.* (XXXIX, 2.) — (*Hasse* Culpa d. R. R. § 3. not. b.).—Cf. L. 29. § 3. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — Omnino cf. *Cropp* in *ej.* et *Heise* jur. Abhandl. 1. diss. XX.

2) Vid. *Brisson.* de V. S. v. *noxa.*—Cf. et supra § 89. not. 5.

3) Inst. (IV, 8.). Dig. (IX, 4.). Cod. (III, 41.) *de noxalib. act.* — *S. Zimmern* das System d. röm. Noxalklagen. Heidelb. 1818.

4) § 7. I. *de noxal. act.*

5) Inst. (IV, 9.) et Dig. (IX, 1.) *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.*

6) L. 1. § 2. L. 4. D. *h. t.*

7) Pr. I. *h. t.* — L. 1. § 4—11. L. ult. D. *h. t.* — L. 52. § 2. D. *ad L. Aq.* (IX, 2.) — Cf. *Zimmern* l. l. § 24—28.— Caet. vid. *Pauli* rec sent. I. 15. et § 1. in f. I. *h. t.*—Vid. *Thibaut* Vers. I. nr. VIII. et *Weber* ad *Hoepfner.* § 1170. not. *. — Caeter. vid. *Zimmern* l. l. § 29. 30.

8) L. 2. pr. D. *h. t.* — *Zimmern* l. l. § 74.

9) L. 1. § 12. 13. 17. D. *h. t.* — L. 20. et 28. D. *de noxalib. act.* (IX, 4.) (« Noxa sequitur caput. » — Cf. *Zimmern* l. l. § 17—23.).—L. 1. § 14. D. *h. t.*

10) Arg. L. 12. D. *de noxal. act.* (IX, 4.)

11) L. 1. pr. D. *h. t.* — § 1. I. *de offic. jud.* (cf. *Zimmern* § 68—74.). — Caeter. vid. L. 6. § 1. in f. D. *de re jud.* (XLII, 1.) et cf. supra § 337. in f. nec non *Glück* Pand. X. § 695. p. 292 sq.—Dissent. *Zimmern* l. l. § 47. 48.

12) L. 1. § 16. D. *h. t.*

13) L. 1. § 15. D. *h. t.* — Similiter in solidum actio datur ex causa not. 10. allata. Cf. *Zimmern* l. l. § 81.

14) L. 14. § 3. D. *de praescr. verb.* (XIX, 5.)— L. ult. C. *ad L. Aq.* (III, 35.) — *Thibaut* Vers. II. nr. VIII. p. 222 — 227. (ed. 1.). *Zimmern* l. l. § 31—34.— Cf. et L. 39. § 1. D. *ad L. Aq.* (IX, 2.) — Cael. vid. L. 9. § 1. D. *ad exhib.* (X, 4.)

§ 455.

(*) *W. Sell* Versuche im Gebiete des Civilr. P. I. diss. I.

1) L. 206. D. *de reg. jur.* — L. 14. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — *Sell.* l. l. § 2.

fere sunt a nobis explicatae [2]), duae tantummodo restant, quae hic commemorentur: altera generalis, plures complectens causas; altera specialis atque unius causae velut propria. Et prior illa est in factum actio, qua petimus, ut tantum nobis restituatur, quanto cum damno nostro locupletior factus est adversarius [2a]). Quotiescunque igitur ex nostro aliquid, aut injuria nobis ereptum, aut ex negotio plenam obligandi vim non habente, ad eum pervenit, qui, cum perfecte ex illa causa nobis non obligetur, tamen cum nostro damno locupletior factus est, haec actio locum habet [3]), nisi aut prohibentis negotia gesserimus, aut jus nostrum solius exceptionis retentionisque finibus concludatur [4]).

§ 456. B) *Obligatio ex Lege Rhodia de jactu* (*).

Altera est obligatio ex Lege Rhodia de jactu; cujus haec est aequitas, ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus damnum datum est [1]). Quod quidem jus et ad alia detrimenta translatum est, si quae aut pro nave aut pro mercibus servandis facta fuerint [2]), dummodo et voluntate ao consilio eorum, qui in navi erant, non fortuito casu fierent [3]), et ob verum praesensque periculum [4]), tum vero perierit, quod hoc modo abjectum impensumve sit [5]), contra vero aliae res eo facto servatae, nec tamen postea peremtae sint [6]). Jam contributio ita est instituenda, ut omnium rerum, quae jactura illa servatae sunt [7]), praeter cibaria [8]), aestimatione facta, quanti venire possunt, rursus autem amissarum rerum, quanti fuerunt [9]), pro rata cujusque parte damnum in singulos distribuatur [10]). Iis vero, qui rerum suarum jacturam fecerant, haec apud Romanos via erat ineunda, ut ex locato et conducto agerent cum magistro navis vel exercitore, quo facto huic aut cum vectoribus reliquisque, quorum res servatae essent, ad contributiones faciendas experiri, aut actiones adversus illos adversario cedere necesse erat [11]). Caeterum vix est, ut hujusce juris in similibus causis usus aliquis esse queat [12]).

2) Vid. § 380—384. § 436—439.
2a) Cf. *Sell* l. l. § 10.
3) Cf. § 363. nr. 1. — Singulae species, singulis in locis, ubi res ferebat, propositae sunt.—Vid. *Sell* § 23 sqq.
4) Cf. § 136. not. 11. § 232. in f. § 256. nr. 2. in f. not. 7. et 10. § 276. not. 10.

§ 456.

(*) Dig. (XIV, 2.) *de L. Rhodia de jactu*. — *J. Gothofredus* de imperio maris *rel.* (opusc. cura *Trotzii* p. 64 — 106.). — *C. v. Bynkershoek* ad L. 9. D. de L. Rh. de jactu lib. singular. (opp. T. II. p. 71 — 97.). — *J. Boeye* D. de L. Rh. de jactu. Lugd. Bat. 1744.
1) L. 1. D. *h. t.* (cf. *Gellius* N. A. VII, 3. et *Gothofred.* l. i. c. 9.).
2) L. 2. § 3. L. 3. L. 4. pr. L. 5. § 1. D. *h. t.*
3) L. 2. § 1. L. 4. § 2. D. *h. t.* — L. 6. L. 7. *eod.*
4) Arg. L. 2. pr. § 2. D. *h. t.*
5) L. 2. § 7. L. 4. in f. D. *h. t.*
6) Cf. L. 4. § 1. L. 5. pr. D. *h. t.*
7) L. 2. § 2. L. 4. § 2. D. *h. t.*
8) L. 2. § 2. in f. D. *h. t.*
9) L. 2. § 4. L. 4. § 2. D. *h. t.*
10) L. 1. L. 2. § 2. L. 4. § 2. D. *h. t.*
11) L. 2. pr. et § 2. D. *h. t.* et arg. L. 2. § 6. *eod.*
12) Vid. supra § 64. not. 6. — *P. L. Kritz* Abhandl. üb. ausgewählte Materien des Civilr. (Leipz. 1824.) nr. 4. p. 79 sqq. — Caeter. cf. *Glück* Pand. XIV. § 890. et *Sell* Versuche 1. diss. I. § 39.

CAPUT XII.

DE OBLIGATIONIBUS, QUAE COMMUNITER SPECTANT AD JURA TUENDA, QUAE IN REBUS COMPETUNT HOMINIBUS.

§ 457. *Loci constitutio.*

Jurium, quae in rebus nobis competunt, idque nullo interveniente obligationis vinculo, vel persequendorum vel tuendorum causa, in rem actiones potissimum comparatae sunt, tum etiam interdicta vel adipiscendae possessionis, vel ea, quae ex jure possessionis proficiscuntur. Quae quidem, suo quodque in loco, pertractavimus. Sunt tamen et aliae actiones iisdem juribus tuendis inservientes, quarum, cum ad plures causas pertineant, hunc in locum differre tractationem commodius nobis visum est. Eaeque in tria genera haud incommode distribuuntur. Et primum est earum, quibus cogimus adversarium, ut nostri causa aliquid faciat; alterum eas complectitur actiones, quibus intendimus, ut in alieno nobis aliquid facere liceat; tertium est, quibus vel prohibetur adversarius, quo minus aliquid faciat, vel ad restituenda, quae facta sunt, cogitur. Jam vero de unoquoque genere singillatim videamus.

§ 458. I) *Actionum exempla, quibus id agitur, ut aliquid faciat adversarius.* A)*Ad exhibendum actio* (*).

Ad exhibendum actio, vel maxime propter vindicationes introducta [1]), in rem scripta est [2]), eaque is utitur, cujus justa ex causa [3]) interest [4]), rem, eamque mobilem [5]), sibi exhiberi [6]), adversus eum, qui possidet vel dolo desiit possidere [7]), ut aut exhibeatur res, aut id quod interest actori praestetur [8]). At magis etiam dilatata est hujus actionis vis. Nam 1) et eum in finem datur, ut res nostras ex alieno auferre nobis liceat, si quidem proprie nulla est obligatio, unde ad restituendum teneatur adversarius [9]). Praeterea 2) adversus eum quoque,

§ 458.

(*) Dig. (X, 4.) et Cod. (III, 42.) *ad exhibendum.* — *C. Einert* D. de actione ad exhib. Lips. 1816. 8.

1) L. 1. D. *h. t.* — Cf. et L. 3. 4. et 12. § 8. *eod.* — L. 3. § 6. et 10. *eod.* (cf. *Einert* l. l. § 42—47.). — Caeter. vid. et a) L. 3. § 5. *eod.* « Sed et si quis interdicturus rem exhiberi desideret, audietur. » Cf. § 11. et 12. *eod.*—b) L. 3. § 7. *eod.* — « Si quis noxali judicio experiri velit, ad exhibendum ei actio necessaria est.» —Denique praetermittendum non est, plura etiam dari remedia, affinia illa quidem huic nostro, at diversa tamen cum fine ac ratione, tum vi ac potestate; qualia sunt interdictum de libero homine exhibendo (Dig. XLIII, 29. et Cod. VIII, 8.), itemque de liberis exhibendis et ducendis (Dig. XLIII, 30. et Cod. VIII, 8.), tum de tabulis exhibendis (Dig. XLIII, 5. et Cod. VIII, 7.). Praeterea de instrumentorum editione singularia quaedam jure nostro praecipiuntur (Dig. II, 13. et Cod. II. 1.), de quibus tamen magis est conveniens, ut in ea juris disciplina dicatur, quae causarum in foris judiciisque tractandarum viam ac rationem tradit.

2) Cf. L. 3. § 3. et 13. D. *h. t.* et § 138. not. 12.

3) Vid. enim L. 3. § 11. L. 19. in f. D. *h. t.*

4) L. 3. § 9 — 12. in f. (cf. *Glück* Pand. XI. p. 177 sqq.). — L. 19. D. *h. t.* — *Einert* l. l. § 27.

5) Cf. L. 56. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 38. D. *de jud.* (V, 1.)—L. 4. C. *de crim. expil. her.* (IX, 32.) — *Glück* XI. p. 206 sqq. — Dissent. *Einert* l. l. § 4. et in Corollario p. 227 sqq.

6) L. 2. D. *h. t.*— Cf. *Einert* C. I. et C. II. § 14. et not. 8.

7) L. 3. § 15. L. 4. L. 5. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. 9. pr. § 2. D. L. 5. C. *h. t.* — De heredib. vid. L. 12. § 6. D. *h. t.*

8) Cf. L. 9. § 5—8. L. 11. pr. L. 12. § 4. D. *h. t.* —Cf. a) L. 1. § 1. D. *h. t.*—b) L. 3. § 2. D. L. 4. C. *h. t.*—c) L. 5. § 6. L. 12. § 5. D. *h. t.*—Vid. et *Einert* l. l. § 15.

9) L. 5. § 2 — 5. L. 9. § 1. D. *h. t.* — Cf. *Einert* l. l. § 48—51.

qui propter rerum conjunctionem dominium rei ad alium pertinentis, at ex causa revocabili quaesivit, haec actio locum habet, scil. ut ad separandum res exhibeatur, eoque facto separetur [10]. Denique 3) et ejus quod interest nomine dari consuevit, atque id quidem adversus eum, cujus injuria effectum est, ut dominii aliusve juris in re contingeret amissio vel deminutio, scil. alia non sufficiente actione [11].

§ 459. B) *Damni infecti cautio* (*).

Damni infecti (§ 360. not. 2.) cautio plures quidem ob causas peti potest [1]; at prae caeteris ita vocatur, quam vicinus propter rem ab ipso possessam, sive dominium in ea habet, sive non [2], ante praestito calumniae jurejurando [3], petit a vicino, sive dominus is est, sive jus tantum in ea re habet [4], propter damnum, quod ex vitio aedium ruinosarum alteriusve operis futurum ille veretur [5]. Quodsi nec reficere aedes adversarius vult, et cautionem praestare recusat, tum aut cedere possessione [6], aut missiones pati [7] necesse habet. Sin post missionem impetratam etiam cessat aedium possessor, tum possessione erit dejiciendus atque adversarius ex secundo decreto mittendus, quo facto a Praetore dominus constituitur, hac quidem vi, ut tamquam dominus re utatur fruatur atque per longum tempus possidendo usucapere eam possit [8]. Praestita autem cautione, propter damnum ipsarum aedium operis vi vitio datum [9] ad id quod interest agetur [10]. Quodsi, antequam caveretur, damnum evenerit, nullam plerumque eo nomine actionem habet is, cui damnum datum est [11]. Neque vero locum habet aut cautionis petitio aut ex cautione actio, cum aut alia actio ad damnum sarciendum competit [12], aut ex naturali rei vel loci vitio damnum vel imminet vel datum est [13], aut jure suo usus tantum est adversarius [14], aut ipse, qui caveri sibi vult, propter candem rem cautionem praestare recusavit [15], vel alio modo illicite ea in re versatus est [16].

10) L. 9. L. 6. § 1. et 2. D. *h. t.* (cf. supra § 256. not. 9. et § 257. ad not. 5.).

11) L. 9. § 1—4. L. 12. § 3. D. *h.* t. (cf. § 252. ad not. 6. § 256. not. 9. in f. § 257. not. 6.).—L. 1. § 2. D. *de tigno j.* (XLVII, 3.) (cf. § 256. nr. 3.). — L. 27. D. *de pignorib.* (XX, 1.)

§ 459.

(*) Dig. (XXXIX, 2.) *de damno infecto, et de suggrundis et protectionibus.* — *E. Huschke* de action. formul. quae in L. Rubria exstant. Vratisl. 1832.

1) Exempla sunt obvia L. 9. § 1. L. 15. D. *ad exhib.* (X, 4.)—L. 19. § 4. D. *loc.* (XIX, 2.)—L. 7. § 2. L. 9. § 1. et 3. D. *h. t.*—L. 3. § 11. L. 5. in f. D *de itin. actuq. priv.* (XLIII, 19.) — L. 1. § 38. D. *de aq. quot.* (XLIII, 20.) *rel.* (cf. § 297. nr. 1.).

2) L. 5. § 2. L. 11. in f. L. 13 § 8. L. 18. pr. § 3. et 7. D. *h. t.*—Vid. et L. 39. § 3. *eod.*—L. 13. § 9. D. *eod.*

3) L. 7. pr. L. 13. § 3. D. *h. t.*

4) L. 9. § 4. 5. L. 10. 11. L. 13. pr. et § 1. L. 15. § 24 — 27. L. 19. pr. D. *h. t.* — Cf. L. 33. D. *eod.* — De pluribus, qui ejusdem rei nomine cautionem vel accipiant vel praestent, vid. L. 5. § 1. et 2. L. 27. L. 40. § 2. 3. D. *h. t.* (cf. § 281. not. 2. b. et not. 3.).

5) Cf. L. 15. § 3. et 5. L. 19. § 1. D. *h. t.* et infra not. 9. — Quomodo praestanda sit cautio, vid. L. 9. § 4. 5. L. 13. pr. L. 22. § 1. L. 30. pr. et § 1. *eod.* De tempore vero cautionibus adjici solito deque hujus adjectionis vi cf. L. 13. § 15. L. 14. L. 15. pr. § 1. 2. 4. D. *h. t.*

6) L. 16. D. *h. t.*

7) L. 7. pr. L. 15. § 20. D. *h. t.*

8) L. 15. § 16. 21. 23. L. 18. § 15. D. *h. t.*—L. 3. § 23. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — Cf. supra § 157. not. 6.—Vid. et *Zimmern* in Archiv f. civ. Praxis VIII. p. 158 sqq. nr. 4.

9) L. 24. § ult. *h. t.*

10) L. 3. in f. L. 28. L. 29. L. 40. pr. D. *h. t.* — De stipulatoris successorib. vid. L. 24. § 1. *eod.*; de promissoris vero L. 17. § 3. 4. *eod.*

11) L. 6. L. 7. § 2. D. *h. t.*—Vid. tam. L. 7. § 2. L. 8. L. 9. pr. in f. D. *eod.*; de usu autem hodierno *Stryck* us. mod. Pand. *h. t.* § 2.

12) L. 18. § 4. L. 32. D. *h. t.*

13) L. 24. § 2—11. L. 43. pr. D. *h. t.* — *Weiske* quaest. jur. civil. Nr. 1.

14) L. 24. § 12. L. 25. L. 26. D. *h. t.*

15) L. 13. § 11. D. *h. t.*

16) L. 13. § 7. D. *h. t.*

§ 460. C) *Aquae pluviae arcendae actio* (*).

Aquae pluviae arcendae actio locum habet, cum opere manufacto [1] ex agro aqua pluvia[2] agro [3] nocitura est [4]; eaque in rem scripta actio est [5], fundi, cui damnum metuitur, domino [6] competens, adversus ejus loci, in quo opus manufactum est, dominum [7], eum in finem, ut opus tollatur eoque facto naturalis aquarum cursus restituatur [8]. Igitur adversarius, qui fecit opus, ex quo aqua pluvia noceat, ut ipse tollat opus, suisque impensis, cogi potest [9]; quodsi alius fecit, isque talis, cujus praestare facta atque agnoscere necesse non habet dominus, nihil hac actione petitur, nisi ut patiatur, tolli opus ab eo, qui agit [10]. Denegatur autem haec actio, cum aut agri colendi causa opus factum est [11], aut ex superiorum jussu, aut ab eo, qui primum constituit agrum [12], praeterea propter servitutem [13], vel vetustatem [14], denique propter vicini patientiam [15]. Utilis autem aquae pluviae arcendae actio competit, ut reponat vicinus reponive sinat aggerem, aquam pluviam arcentem, eumque casu aliove modo dejectum; nec quidquam refert, fueritne naturalis agger, an manu factus, itemque memoria extet operis facti, nec ne [16]. Praeterea si agrorum siccandorum causa fossa sit, eaque limo obducta, aut aqua fluente iter stercore repletum atque obstructum, ut ex aquarum restagnatione vicino fundo noceatur, utiliter agi potest, ut aut ipse purget fossam vel iter adversarius, aut purgari patiatur [17]. Denique cum ea, quae erat, agrorum conditio ac causa mutata est, quomodocunque demum id factum sit, eoque effectum, ut aqua pluvia noceat, utilis aquae pluviae arcendae actio locum habet, ut patiatur vicinus, pristinam locorum conditionem restitui [18]. Quemadmodum autem alioquin loci incommoda pati quisque necesse habet, nisi latius pateat, jus suum vel vetustatis auctoritate, vel servitute constituta [19]: sic nulla est actio propterea comparata, quod opere manufacto impeditur, quo minus aqua pluvia prosit vicino [20], non magis, quam si vicinus aquam a se avertit eo animo, ut ne sibi noceat [21]).

§ 461. II) *De actionibus, quibus, ut in suo aliquid patiatur, cogitur adversarius.* A) *Interdictum de glande legenda ejusque similia.*

Quoniam ex iis, quae in hoc sunt genere actionum, complures jam antea

§ 460.

(*) Dig. (XXXIX, 3.) *de aqua et aquae pluviae arcendae* (actione). — *K. A. Schneider* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. V. diss. XXII.

1) L. 1. § 1. 10. 13. 14. 15. 22. 23. D. *h. t.* — L. 14. § 1. *eod.* — *Schneider* l. l. § 2.

2) L. 1. pr. § 15. 16. D. *h. t.*

3) L. 1. § 17. 19. 20. D. *h. t.*

4) Vid. enim L. 14. § 3. D. *h. t.* — Cf. *Schneider* l. l. § 3.

5) Cf. L. 6. pr. § 5. et 7. L. 12. D. *h. t.* — Vid. et L. 13. *eod.*

6) L. 6. § 4. D. *h. t.* — At utiliter etiam fructuario accommodatur. cf. L. 3. in f. L. 22. pr. D. *h. t.* — Cf. et L. 23. § 1. *eod.*

7) Cf. L. 3. in f. L. 4. § 2. L. 22. § 2. D. *h. t.*

8) Cf. not. 1. et add. L. 6. § 6. et 8. L. 11. § 6. L. 22. § 1. D. *h. t.*

9) L. 6. § 7. D. *h. t.*

10) L. 6. § 7. D. *h. t. verb.*: «si quis alius» *rel.* — Haec igitur causa proprie est in earum numero, de quibus §§ seqq. dicetur. Similique fere jus est earum, quarum infra (not. 16—18. mentio fiet.

11) Cf. L. 1. § 3—9. D. *h. t.* (cf. not. 21.).

12) L. 23. pr. D. *h. t.*

13) L. 1. § 23. D. *h. t.*

14) L. 2. pr. § 1. et § 8. L. 23. in f. D. *h. t.* (cf. § 269. not. 2. et 5. et infra not. 16. et 19.).

15) L. 19. D. *h. t.* — Cf. L. 20. *eod.*

16) L. 2. § 5. D. *h. t.*

17) L. 2. § 1. 2. 4. 6. D. *h. t.*

18) L. 2. § 6. D. *h. t.* («Hanc actionem non tantum, — — — sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus.»)

19) L. 1. § 23. D. *h. t.*

20) L. 1. § 21. D. *h. t.*

21) L. 2. § 9. D. *h. t.* (cf. not. 11.). — Omnino autem de hoc arg. cf. Landr. f. die Preuss. Staaten I. Tit. VIII. § 102—117. [Cod. Nap. 640—645.]

commemorari necessaria conjunctionis ratio postulabat [1]), paucae tantummodo reliquae sunt, de quibus hoc in loco dicatur. Cujusmodi est interdictum de glande legenda, quod ei competit, cujus ex fundo in vicini agrum glandes eeciderunt, hac quidem potestate, ut tertio quoque die s. alternis diebus colligere glandes liceat [2]). Ejusque similia sunt interdicta de thesauro effodiendo [3]), aliaque, quibus prohibetur, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent, auferant [4]).

§ 462. B) *Interdictum de arboribus caedendis* (*).

Duplex est de arboribus caedendis propositum interdictum [1]). Alterum est, quod aedium domino vel usufructuario adversus vicinum datur, cujus arbores vel vites in aedes illas impendent, hac quidem potestate, ut, nisi ipse exscindat adversarius arbores, non prohibeat, quo minus actori succidere eas lignaque tollere liceat [2]). Alterum est de iis arboribus, quae ex agro in agrum impendent, quas quidem *pedes quindecim a terra altius* aut ipse coercere, quoeum agitur, aut, ut adversarius eas ita coerceat lignaque sibi habeat, pati necesse habet [3]). At vero mirum, quantum de hujus interdicti interpretatione dissentiant inter se docti homines [4]). — Caeterum si arbor casu quodam, velut vi ventorum, depressa sit atque in vicinum fundum inclinata, jam ex XII tabularum lege adimenda ea agi poterat [5]).

§ 463. III) *Actiones, quibus vel prohibetur adversarius, quo minus aliquid faciat, vel ad restituenda ea, quae facta sunt, cogitur.* A) *Novi operis nunciatio* (*).

Novi operis nunciatio est prohibitio juris conservandi vel damni depellendi

§ 461.

1) Velut a) § 475. supra not. 9. — cf. et iofra not. 4.—b) § 459. oot. 10. 16—18.

2) Dig. (XLIII, 28.) *de glande legenda.* — L. 9. § 1. D. *ad exhib.* (X, 4.) — Vid. *Thibaut* civ. Abh. nr. I. et Archiv f. civ. Praxis I. nr. VII. p. 116 sqq. — *Dirksen* de oovo praesidio eris. et interpr. ex re formularia Rom. peteodo Sp. I. Regiom. 1820. Nr. I. — Caeter. cf. *J. Grimm* Zeitschr. für histor. R. W. III. Nr. XI.—*Gaupp* ephem. Tub. III. p. 255 sq. itemq. *Grimm* eph. Tub. IV. p. 171 sqq. et *Grimm* ibid. IV. p. 171 sqq.—*Guyet* Archiv f. civ. Pr. T. XVII.

3) L. 15. D. *ad exhib.* (X, 4.)

4) L. 5. § 2 — 5. D. *ad exhib.* (§ 457. oot. 9.) — L. 9. § 1—3. *de damno infecto* (§ 458. oot. 1.) — *Einert* de act. ad exhib. § 48 — 54. (Tit. 3. « De act. ad exhibendum, qua intenditur, ut tollatur, legatur »).

§ 462.

(*) Dig. (XLIII, 27.) *de arboribus caedendis.* — *P. C. G. Andreae* comm. ad tit. Dig. de arbor. caed. Jen. 1818.—*H. C. A. Eichstadius* spicil. obs. ad tit. Dig. de arbor. caed. Jen. 1825.

1) Utrumque ioterdictum prohibitorium est, i. e. Praetor vim fieri vetat ei, in cujus fuodum arbor impendet, adimere eam vel coërcere voienti; L. 1. § 1. § 6. in f. § 7. in f. Atque hoc est, quare ad secundum actionum genus (§ 457.) haec ioterdicta retulerimus, licet tune demum utilia sint, si arborum dominus ipse eas adimere vel coërcere detrectat.

2) L. 1. pr. § 1—6. D. *h. t.* — Cf. *Andreae* l. l. e. I. p. 10 sqq. et *Eichstadius* l. l. p. 8 sqq.

3) L. 1. § 7. D. *h. t.* — Vid. et § 8. (« — Praetor et Lex XII. tabb. efficere voluit, *ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur;* et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret »), § 9. *eod.* (« — si agro impendeat, *tantum usque ad quindecim pedes a terra coërceri* »).—Cf. *Paulli* seot. rec. V, 6. § 13. (« — convenieodus est, ut eam *sublucet.* Quodsi dominus id facere noluerit, a vicioo *luxuries ramorum compescatur* »).

4) Cf. Basilic. ioterpr. (T. VII. p. 303. § 7—ult.). — *Hugo* Gesch. des R. R. ed. XI. p. 206. sqq. not. 2.—*Dirksen* io d. Zeitschr. für hist. R. W. II. Nr. XVI. p. 424. (nr. 4.) — 431. — *Andreae* l. l. e. II. p. 21 sqq. — *A. Kirsten* de coërcitione arborum in fundum vicinalem propeodentium. Gott. 1820. 8. — *J. J. Lang* de t.. 1. § 7—9. de arborib. caedeod. Heid. 1823. — *E. G. C. Noeldeke* de cognatioue, quae inter jur. Rom. scientiam et philologiam intercedat (Hannov. 1824.) p. 33. (nr. 5.) — 35. — *de Koch* in *Grolmani* et *Loehrii* Magaz. IV. Nr. XVIII. — Cf. et *Grimm* io Zeitschrift f. histor. R. W. III. Nr. IX. ibiq. inprimis p. 334. — *Guyet* Archiv f. civ. Pr. XVII. p. 31 sqq. Nr. I.

5) L. 2. D. *h. t.*— *Andreae* l. l. c. III. p. 29 sqq. — Cf. supra § 272. oot. 2.

§ 463.

(*) Dig. (XXXIX, 1.) et Cod. (VIII, 11.) *de operis novi nunciatione.*—*F. Kaemmerer* de oper. novi nunciat. Heidelb. 1807. 8. — *C. F. Reinhardt* ausführliche (?) Erläuteruog d. Pandectentitels de N.

causa ei facta, qui rei, ejusque immobilis, mutationem vel aedificando vel destruendo molitur [1]). Et in publicis quidem causis plerumque omnes cives novum opus nunciare possunt [2]), in privatis vero domini tantum, nec non qui jus in ea re habent, cui praejudicium novo opere fieri dicitur [3]), sic tamen, ut usufructuarius ipsi quidem domino nequeat nunciare [4]). Contra vero omnibus potest nunciari, qui in praesenti sunt, sive jus sibi ea in re tribuant, sive operentur tantummodo eo in loco [5]). Id autem solum requiritur in n. o. nunciatione, cum, ut in re praesenti, tum verbis ore nuncupatis fiat [6]); nam quae vulgo traditur n. o. divisio in verbalem et realem, a juris nostri auctoribus prorsus ignoratur, siquidem illa prohibitio, quae facto vel manu fit, velut per jactum lapilli, tum vi vim repellendo, non nunciandi causa, sed ideo fit, ne petitoris partes, is qui prohibet, suscipere necesse habeat [7]). Neque vero prorsus videtur improbanda divisio in publicam n. o. nunciationem, i. e. quae apud judicem fiat, et privatam, licet illa impropria tantum sit ac subsidiaria; jam etenim Romano jure, si solito more fieri non poterat nunciatio, ipsi fiebat Praetori, hac quidem vi, ut, si postea in re praesenti nuntiaretur, id quoque destruendum erat, quod post nuntiationem Praetori factam forte aedificatum esset [8]). Jam vero nunciationis ea est vis, ut intermittere opus is, cui nuntiatur, plerumque necesse habeat [9]), donec aut idonee, i. e. fidejussoribus datis, caverit nuncianti [10]), aut remissionem impetraverit [11]) Quodsi nihilominus pergit in opere faciendo, interdictum restitutorium dabitur nuncianti, hac quidem vi, ut, sive jus sit faciendi adversario, sive non, utique tamen destruere opus, antequam remissio facta sit, teneatur [12]). Jam vero is, qui nunciavit, praestito ante calumniae jurejurando [13]), litem apud judicem prosequi necesse habet [14]), qui quidem causa cognita pronuntiabit, utrum remissio facienda sit, nec ne [15]); peracto autem judicio, cuique est integrum jus, ad legitimas actiones confugiendi, velut ad negatoriam vel confessoriam actionem [16]). Caeterum cum aut de calumnia jurare nuncians recusat, aut idonee ei cavetur, aut remissio facta est, is, cui nuntia-

O. N. Stuttg. 1820. 8. — *G. Hasse* üb. die operis novi nuntiatio; Rhein. Mus. III, 4. p. 579 sqq. — *Wiederhold* das interd. uti possid. u. die O. N. N. p. 67 sqq.

1) L. 1. pr. et § 1. 11. 12. 16. 17. L. 5. § 9. D. *h. t.*—Cf. *Hasse* l. l. § 17.

2) Cf. L. 3. § 4. L. 45. pr. D. *h. t.*

3) L. 1. § 19. L. 3. § 3. L. 9. D. *h. t.*—L. 1. § 3. et 4. D. *de remissionib.* (XLIII, 25.) — L. 15. D. *de S. P. U.* (VIII, 2.)—L. 6. § 7. D. *si serv. vind.* (VIII, 5.)— Caeter. ipsi domino nunciare non potest, nisi qui recte intendit, jus invito se non esse domino altius aedificandi: L. 1. § 4. D. *de remissionib.* (vid. not. seq.). —L. 14. D. *h. t*—*Cujacii* observ. I, 17. — Aliter h. l. explicat. *Hasse* l. l. § 19. — Cf. et *Wiederhold* p. 90.

4) L. 1. § 20. L. 2. D. *h. t.*—L. 1. § 4. D. *de remissionibus.*

5) Cf. L. 5. § 3. et 5. L. 10. 11.—Cf. *Hasse* l. l. § 10. et 23.

6) L. 5. § 3. 4. L. 10. D. *h. t.* — L. 5. § 15. 16. *eod.* — Cf. et L. 5. § 7. *eod.*

7) Cf. L. 1. § 6. L. 5. § 10. D. *h. t.* — L. 6. § 1. D. *si servit. vindic.* (VIII, 5.) — *Hasse* p. 613 sq. not. 8. et infra not. 14.— At cf. *Hugo* civ. Mag. VI. p. 219. et *Wiederhold* l. l. p. 78 sqq.— Caeterum prohibitioni, quae per lapilli jactum fiebat, ea semper inerat vis, ut adversus eum, qui contra fecisset, interdicto uti quod vi aut clam liceret: Vid. l.L. modo excitat. et L. 20. § 1. L. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.)

8) L. 5. § 7. D. *h. t.* — Neque vero huc videtur pertinere L. 16. D. *h. t.*; (jussus enim hic est Praetoris decretum, ut solito more fieret nunciatio). At in alia omnia abit *Hasse* § 46. — Cf. *Wiederhold* p. 60 sqq.

9) L. 1. pr. et § 7. L. 8. § 2—4.—Cf. et L. 8. § 1. et 5. *eod.* — De causis quibusdam exceptis vid. L. 5. § 11—13. D. *h. t.*

10) L. 5. § 17. L. 21. § 1. D. *h. t.* — L. 1. § 2. in f. et § 4. D. *de remissionib.* — L. 1. § 6. L. 2. § 1. D. *de stipul. praetor.* (XLVI, 5.) — *Hasse* § 37—43.—Cf. et not. seqq.

11) L. 8. § 4. L. 20. § 1. et 5. D. *h. t.* — L. 5. § 19. *eod.*—*Hasse* p. 612. (cf. not. 14.).

12) L. 1. § 7. L. 20. pr. § 1—4. § 6—8. D. *h. t.*

13) L. 5. § 14. D. *h. t.*

14) Arg. L. 1. § 6. L. 5. § 10. L. 13. § 1. L. 21. § 2. 4. D. *h. t.* — Cf. supra not. 7. — *Hasse* § 33. — *Wiederhold* p. 92 sqq.— Vid. et infra not. 20.

15) Cf. L. 1. § 9. D. *h. t.*—L. 1. pr. et § 2. D. *de remiss.* — L. un. C. *h. t.* — Cf. omnino *Hasse* § 25 — 29. § 31.

16) L. 19. D. *h. t.*

tum est, prohibitorium adversus nunciantem impetrare poterit interdictum, scil. ne vis ei fiat, perficere opus volenti [17]). Finitur autem jus ex nunciatione quaesitum, praeterquam ex causis supra (not. 10. 11.) propositis, et pacto [18]), et morte ejus, qui nuntiavit, tum vero rei, propter quam nuntiatum est, alienatione facta [19]), olim etiam tempore, i. e. si litem intra anni spatium prosecutus non fuerit nuntians [20]). — Caeterum privata haec novi operis nunciatio non magis hodie in usu est, quam lapilli jactus. Is igitur, cujus interest non fieri novum opus, mandatum inhibitorium apud judicem impetrare solet, cujus similis esse solet vis, atque nunciationis, quae apud Romanos in usu erat [21]).

§ 464. B) *Interdictum, quod vi aut clam* (*).

Quodsi quis aut vi [1]) aut clam [2]) novavit aliquid in re immobili, in iisve, quae cum solo cohaerent [3]), interdictum restitutorium intra annum [4]) datur et domino, et omnino omnibus, quorum interest non fieri opus [5]), cum adversus operis auctorem, tum vero etiam adversus quemcunque, qui possidet opus [6]), hoc observato discrimine, ut ille quidem ad restitutionem suis impensis faciendam ac praeterea ad id quod interest praestandum teneatur, hi vero patientiam tantummodo tollendi operis debeant [7]). Utrum autem in publico an in privato loco, itemque in suo aliquis fecerit an in alieno, nihil interest [8]), non magis, quam jure factum sit opus, an injuriâ [9]). Quemadmodum autem ei non datur interdictum [10]), qui aut fieri illud, de quo quaeritur, passus est [10a]), aut ipse in eadem re vi vel clam fecit [11]), aut postquam novum opus nunciavit, judicio inferior fuit [12]): sic omnino propter ea locum non habet, quae aut communis periculi, velut incendii avertendi causa facta sunt [13]), aut propter agri culturam, dummodo id ab eo fieret, qui jus faciendi habuit [14]).

17) L. 20. § 9—16. D. *h. t.*
18) L. 1. § 10. D. *h. t.*
19) L. 8. § 6. D. *h. t.* — L. 3. § 3. D. *de alien. jud. mut. c. facta.* (IV, 7.) — *Hasse* p. 598 sq. — Cf. et L. ult. D. *h. t.* —*Hasse* § 24.
20) L. un. C. *h. t.* (cf. c. ult. X. *de novi op. nun.* V, 32.). — *Hasse* § 35. 36. 40.
21) Cf. *Stryk* us. mod. Pand. h. t. § 4.—*Leyser* meditt. ad Pand. Sp. 426. m. 1. m. 5—7.—*Westphal* Rechtsgutachten des bürgerl. Rechts I. p. 168. h. t. — Cf. et *Wiederhold* l. l. p. 117 sqq.

§ 464.

(*) Dig. (XLIII, 24.) *quod vi aut clam.* — *G. Hasse* in Rhein. Mus. IV. diss. I.
1) L. 1. § 5—9. D. *h. t.*—L. 3. § 2. *eod.*
2) L. 3. § 7. 8. L. 4. L. 5. pr. D. *h. t.* — *Hasse* l. l. § 24. 25.
3) L. 1. § 4. L. 7. § 5. § 9. 10. L. 8. L. 9. L. 11. § 3. L. 20. § 4. L. ult. § 4. D. *h. t.* — Cf. et L. 7. § 6. L. ult. § 3. *eod.*—*Hasse* l. l. § 2.
4) L. 15. § 3. in f. § 4. *h. t.* —Caeter. vid. § 5. et 6. ibid. et L. 14. D. *de aq. pluv. arc. act.* — Cf. et *Hasse* Zeitschr. f. histor. R. W. III. nr. II.
5) L. 5. § 5. L. 11. § 14. D. *h. t.* — Cf. L. 11. § 10. L. 12. L. 13. pr. § 1 — 5. L. 16. pr. et § 1. *eod.*—Cf. *G. Hasse* Rhein. Mus. p. 6 sq. et § 28. sq.
6) Cf. L. 5. § 8 — 14. L. 6. L. 7. pr. L. 13. § 6. 7. L. 15. pr. D. *h. t.*—Caet. vid. L. 20. § 3. D. *eod.* et *G. Hasse* l. l. p. 8. et § 85.
7) Cf. L. 15. § 7—12. L. 16. § 2. D. *h. t.* « — In heredes caeterosque successores datur in id, quod ad eos pervenit.» L. 15. § 3. *eod.* — De plurib. reis vid. L. 6. L. 15. § 2. et 12. *eod.*
8) a) L. 7. § 8. L. 20. § 5. D. *h. t.* — b) L. 5. § 10. *de op. nov. nunc.* (XXXIX, 1.) — *G. Hasse* p. 42 sqq — L. 22. § 2. D. *h. t.*—Caeter. vid. L. 29. § 2. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — Cf. et *Leyser* meditt. ad Pand. Sp. 426. med. 4.
9) L. 1. § 2. 3. D. *h. t.*
10) [De remissione a judice facienda vid. L. 7. § 2. D. *h. t.* et *G. Hasse* § 14. — E. G.]
10a) L. 3. § 2. D. *h. t.* — Cf. L. 1. § 9 — 11. L. 2. *eod.*
11) L. 7. § 3. L. ult. § 2. D. *h. t.* — *G. Hasse* p. 41 sqq.
12) L. 7. § 2. D. *h. t.* — Scil. nunciationis nondum facta remissione restitutorium interdictum (§ 462. not. 11.) concurrit cum hoc, quod vi aut clam. Discrimen inter utrumque intercedens eo vel maxime cernitur, quod prius non nisi ad restituendum, at perpetuo datur (L. 20. § 6. *de op. nov. nunc.*), quod quidem utrumque secus est in posteriore interdicto (not. 4. et 7.).
13) L. 7. § 4. D. *h. t.*
14) L. 7. § 7. D. *h. t.*—Cf. L. 18. pr. *eod.*

CAPUT XIII.

OBLIGATIONES QUOMODO TOLLANTUR, VEL MINUANTUR.

Inst. (III, 29. [30]) *quib. modis obligatio tollitur.* — Dig. (XLVI, 3.) et Cod. (VII, 43.) *de solutionibus et liberationibus.* — *Barnab. Brissonii* de solut. et liberationib. libri tres (*Ejusd.* select. ex jure civili antiquitt. — Lugd. 1558. — inde a pag. 203 — 315. adject., et saepius.).

§ 465. *De obligationum exstinctione generatim praecipitur.*

Tolli obligationes aut ipso jure aut per exceptionem, tamquam summum disjunctionis genus, omnes complectens obligationum tollendarum causas, proponi solet [1]). Quod quidem discrimen ad antiquam rei judiciariae Romanorum rationem maxime referendum est, siquidem per exceptionem tolli dicebatur actio, quae, cum stricto jure teneret, Praetoris intercessione propter aequitatis rationem removebatur [2]). Igitur ipso jure debitor liberabatur ex causis, quibus non per Praetoris tuitionem, sed sua natura vis inerat actionum vel tollendarum, vel minuendarum [3]). Quemadmodum autem de singulis causis dubitatio exorta est, utrum ipso jure obligatus maneat debitor, nec ne [4]), sic nec omnino eadem erat earundem vis ac potestas. Nam litis contestatione et re judicata non nisi in legitimis judiciis ipso jure sublata est obligatio [5]); contra vero conveniens erat, ut nudo consensu perimerentur obligationes, quae ex sola aequitate profectae essent [6]). Quocum proxime conjunctum est, quod dicitur: *bonae fidei judiciis ipso jure inesse exceptiones* [7]), siquidem bonae fidei atque aequitatis quantumcunque posset rationem habere, ad judicis officium in ejusmodi judiciis spectabat [8]), cum in reliquis, ac vel maxime in stricti juris judiciis, quae contraria essent bonae fidei, nullam haberent vim, nisi per Praetoris intercessionem [9]). Quid? quod ne ex omnibus quidem causis exceptiones dari solebant in strictis judiciis, quae in b. f. judiciis ipso jure minuebant actiones, vel tollebant [10]). Non solum autem *impetratae exceptionis* prorsus eadem erat vis, ac reliquarum causarum, quae officerent obligationibus [11]), verum etiam ad eam quaestionem: num, quod omissa exceptione perpetua solutum esset, repeti posset? jam JCti Romani non rationibus ex discrimine illo petitis, sed quae ad omnes obligationum causas pertine-

§ 465.

1) Cf. *Hoepfner* Comment. § 969. — *A. Hummel* Bericht. d. gewöhnl. Theorie über die Arten, Verbindlichkeiten aufzuheben. Giessen 1804. — *C. C. Dabelow* Handb. des Pand. R. 1. § 94—96.

2) Cf. *Gaji* inst. IV. § 116—119. — § 1 —5. I. *de except.* — Vid. *Cic.* de inv. II, 19. — L. 3. § 1 2. D. *de pec. const.* (XIII, 5.) (cf. supra § 327. not. 4.). — *Zimmern* röm. Civilproc. § 19.

3) Cf. v. c. L. 95. § 4. D. *h. t.* et L. 2. in f. D. *de duob. reis constit.* (XLV, 2.) (not. seqq.).

4) *Gaji* inst. III. § 168.

5) *Gaji* inst. III. § 180. 181. IV. § 106 — 108. — *Keller* über Litis-Contestation u. Urtheil § 8. (p. 82 — 86.) § 11. 12. (p. 103 — 120.) § 24. in f. § 25. 26. (p. 200 sqq.).

6) L. 95. § 4. D. *h. t.* (*de solut.*). — Cf. supra § 370. in f.

7) L. 3. D. *de resc. vend.* (XVIII, 5.) — L. 21. in f. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — L. 84. § 5. D. *de leg.* I. (cf. supra § 329. nr. 5.).

8) § 30. I. *de act.* — *Gaji* inst. IV. § 61. 63. — L. 7. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 58. in f. D. *de her. pet.* (V, 3.)

9) Igitur quamquam et in arbitrariis judiciis ex aequo et bono, quemadmodum satisfieri oporteat actori, judex aestimare debet (§ 31. I. *de act.*), tamen doli similesque exceptiones a Praetore petendae erant (*Gaji* inst. IV. § 117., *Zimmern* röm. Civilproc. § 98. not. 1.). Neque id utique pro vero affirmari potest, bonae fidei judiciis omnino omnes exceptiones ipso jure inesse. Vid. v. c. supra not. 5. Cf. § 329. nr. 5. et *Heffter* Instit. des Civilprocesses p. 280. not. 25.

10) § 30. I *de act.* (cf. infra § 471. not. 5.).

11) L. 13. L. 66. L. 112. D. *de reg. jur.*

rent, responderunt [12]), donec, sublato vetere judiciorum ordine, antiqua illa exceptionum petendarum ratio sponte evanuit. Quo quidem facto tamen prorsus nullum hujus discriminis superesse usum dici nequit [13]), dummodo probe meminerimus, primum, non esse illud ex ea, qua veteres utebantur, exceptionum dandarum ratione petendum, verum ex ipsius rei natura communibusque juris praeceptis; deinde, loquendi formulae, qua *ipso jure* fieri aliquid dicitur, vim atque usum esse varium [14]), tum vero exceptionis vocabulum non ad eas solum allegationes, quas aequitatem tuituri Praetores formulis inserere solebant, sed omnino ad omnes, quae impediendarum actionum causa proponuntur, jam a juris nostri auctoribus referri [15]). Quibus praemissis haec addimus, tamquam ad usum necessaria: 1) Utrum prorsus sit nullius momenti obligatio, an petente reo infirmare vel minuere actionem judici liceat, hoc non una ratione hodieque interest scire [16]). Neque 2) usquequaque verum est, quod praecipitur: quasi nullam esse obligationem exceptione obstante [17]), tum vero: tamquam indebitum solutum repeti posse, quod per aliquam exceptionem perpetuam peti non potuisset [18]); sed ex peculiari cujusque exceptionis natura ac fine id potissimum aestimandum est [19]). Igitur 3) quoties solius exceptionis finibus jus debitoris continetur, proprie per exceptionem dicere licet contingere liberationem [20]). Nonnumquam et 4) ipso jure is dicitur debere, qui, si subtilius rem examinemus, debitor quidem est, a quo tamen re ac veritate nil peti potest [21]); at nihilominus aliqua ratione efficax esse videtur ejusmodi obligatio, quatenus id quidem utile erit debitori [22]). Denique 5) non nisi per exceptionem et velut extraordinario auxilio liberatur, qui, cum stricta juris ratione obligatus sit, tamen aut cautiones praestando, aut actiones cedendo sese exonerare potest obligatione [23]). — Quemadmodum autem secundum hanc, quam modo descripsimus, disjunctionem singulas tractare obligationum tollendarum causas minime conveniens est: sic nec eorum sequi placet rationem, qui communes vel omnium vel plurium obligationum causas ab iis solent separare, quae singularum sunt propriae [24]). Igitur harum causarum, quotcunque omnino nobis etiam supersunt explicandae, vel saltem commemorandae [25]), singulas eo loco eoque ordine, quem aut argumenti gravitas aut necessariae conjunctionis ratio postulabit, nunc proponemus.

12) L. 26. § 3. et 7. L. 40. pr. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.) — Cf. infra not. 16. et 19.

13) *Weber* in not. 1. ad *Hoepfneri* Comment. § 969. — *Zimmern* röm. Civilproc. § 91. in f. (p. 286.). — Vid. et infra not. 16.

14) Vid. *Brissonius* de V. S. v. *jus* § 4. — Cf. *Hummel* l. l. Abschnitt III. (p. 104 sqq.) et IV. (p. 132—183.). — Vid. et *Hollweg* Rhein. Mus. l. 4. p. 264. et supra § 118. in f.

15) L. 1. L. 2. pr. D. *de exc.* (XLIV, 1.)

16) Cf. *Weber* l. l. (supra not. 13.). — *Hollweg* Rhein. Mus. l. 4. p. 264—267. — *Gaji* inst. IV. § 25. « — si reus ea (peremtoria exceptione) non fuerit usus, *in integrum restituitur* recuperandae exceptionis gratia » (cf. *Heffter* ad h. l. et *Huschke* Studien des Röm. R. p. 326.). — L. 2. C. *sent. rescindi non posse.* (VII, 50.)

17) L. 25. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

18) L. 26. § 5. et 7. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)

19) L. 19. pr. L. 40. pr. L. 60. pr. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.) — Cf. supra § 330. not. 14—16. et not. seq.

20) Quo in genere plures continentur causae. Vid. v. gr. a) supra not. 19. — b) Infra § 481. in f. (Quod omissa compensatione solutum est, repeti nequit.) — c) Supra § 154. context. ad not. 15. — rel.

21) L. 38. § 1. D. *h. t.* — L. 31. pr. D. *de hered. petit.* (V, 3.) — Vid. not. seq.

22) L. 27. § 5. L. 28. D. *mandati.* (XVII, 1.) — Cf. infra § 484. Nr. III et *Keller* l. l. § 53.

23) Cf. v. c. L. 30. L. 31. pr. D. *de her. pet.* — L. 4. in f. D. *de liber. leg.* (XXXIV, 3.) L. 51. D. *de pecul.* (XV, 1.)

24) Vid. v. c. *Güntheri* pr. jur. rom. noviss. § 1130.

25) Nam vid. v. c. doctrinam de in int. rest. (§ 158 sqq.); ac praeterea § 118. 151. 153. 172. et supra § 316. 378. Praeterea huc conferenda sunt, quae in singulis explicandis obligationum causis de peculiari finiendarum earum ratione supra diximus, et infra etiam dicemus in juris domestici atque hereditarii disciplinis.

§ 466. 1) *Obligationis solutio.* A) *Ejus notio et conditiones necessariae* (*).

Solutionis verbum, quod quidem generatim ad omnem liberationem quoquo modo factam pertinet [1]), hoc in loco ad naturalem ejus, quod debetur, praestationem referendum est [2]). Quemadmodum autem ab eo, cui alienandi jus non est, solutio facta perfectam non habet liberandi vim [3]): sic nec recte eidem solvitur [4]); at vero nihil impedit, quo minus alius pro alio, etiam invito debitore, solutionem praestet [5]). Caeterum debito et loco (§ 569.), et tempore (§ 570.), et modo fieri debet solutio [6]). Ex quo consequitur, ut plerumque nec per partes solvi possit [7]), nec fere aliud pro alio [8]).

§ 467. B) *De eo, quod instar est solutionis.* (*In solutum datio.*)

At vero necessitate cogente recusare non potest creditor, quo minus aestimationem rei debitae [1]), aut in solutum dationem accipiat [2]); cujus quidem iisdem ex regulis, quibus rerum juriumque ex venditionis causa transferendorum obligatio, aestimanda est vis et potestas [3]). Quodsi quis errore rem majoris pretii in solutum dedit, tota res condicetur, quoniam nemo invitus ad communionem compellitur; at retinere creditor eam poterit, donec de pecunia debita ipsi satisfactum sit [4]). Omnino autem, ut locum habeat in solutum datio, invito quidem creditore, necesse est, cum ut pecunia sit in obligatione, tum ad solutionem creditor graviter urgeat debitorem; praeterea et meliores res debitor offerre necesse habet, nec u ique cogitur creditor ex immobilium genere res accipere, nisi et mobilibus, iisque ad solutionem sufficientibus careat debitor, et nullum immobilium rerum inveniat emtorem [5]). Est etiam instar solutionis, cum pecunia

§ 466.

(*) *Barnab. Brissonius* de solut et liberat. libri tres supra laud. (et in opp.min. p. 111 — 176.) — *R. J. Pothier*, Traité des obligations. Nr. 494 sqq. — [*Toullier*, le droit civil français T. VII. Nr. 5 — 186.]

1) L. 51. D. *h. t.* — L. 176. D. *de V. S.*

2) L. 49. D. *h. t.*

3) § ult. in f. I. *quib. alien lic.* — L. 14. § 8. D. *h. t.* — Cf. *Weber* naturl. Verbindl. § 128. nr. 1. et 2.

4) L. 15. D. *h. t.* — L. 12. *eod.* — L. 39. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — L. 89. § 1. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 25. § 17. in f. L. 31. in f. D. *de hered. petit.* (V, 3.) (cf. L. 61. D. *h. t.*). — Cf. et § 332. ad not. 4 sqq.

5) Pr. I. *h. t.* — L. 23. L. 40. L. 53. D. *h. t.* — *J. N. Hertii* D. de solut. pro alio facto (opusc. Vol. II. T. III p. 195 sqq.). — Vid. et *Müller* in Archiv f. civ. Pr. T. XV. diss. XII.

6) L. 39. L. 72. pr. et § 3. L. 102. pr. D. *h. t.* — Cf. § 572. not. 1.

7) L. 41. § 1. D. *de usur.* (XXII, 1.) — Nec contrariae sunt § 1. in f. I. *h. t.* et L. 9. § 1. D. *h. t.* — Vid. *Vinnius* ad pr. I. *h. t.* nr. 4 — 6. et ad § 1. nr. 6. in f. — *Rubo* über Theilbarkeit u. Untheilb. d. Obligat. § 10. p. 93 sqq. et supra § 224. nr. 1. in f. — Caeter. vid. a) L. 21. D. *de R. Cr.* (XII, 1.); contra vero b) L. 2. § 1. L. 85. § 4. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. *Vinnius* ad pr. *h. t.* nr. 7. — c) L. 85. § 5. *eod.* — Omnino vid. et *Gesterding* Ausbeute III. p. 410 sqq. Nr. III.

8) L. 2. § 1. in f. L. 3. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) — L. 98. § 6. D. L. 16. C. *h. t.* — Cf. et *C. Thomasius* D. an promissor facti liberetur praestando id quod interest? Hal. 1730. (rec.).

§ 467.

1) V. c. L. 8. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.) — L. 71. § 3. *de leg.* I.

2) Nov. 110. c. 3. [cf. et R. J. N. de 1654. § 172.] — *Sam Stryck* de beneficio dationis in solutum. Erf. 1666. — *Marezoll* in *Grolmanni Loehrique* Magaz. f. R. W. u. Gesetzgeb. IV. Nr. XI, 11. p. 230 sqq. — *J. Rubo* in *v. Kamptz* Jahrbücher f. die Preuss. Gesetzgeb., Rechtswiss. u. Rechtsverwaltung Bd. XXII. p. 3 sqq.

3) L. 21. pr. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — L. 4. C. *de evict.* (VIII, 45.) — Auth. *Hoc, nisi debitor.* C. *h. t.* (VIII, 43.) « — praestanda creditori *cautela de evictione*, quae debitori possibilis sit. » — Cf. *Stryck* l. l. c. V. nr. 17 sqq. Neque contraria est L. 46. D. *h. t.* (XLVI, 3.) — Vid. *Rubo* l. l. p. 15. — Caeterum sponte intelligitur, obligatione quidem liberari debitorem per in solutionem dationem, at non nisi ultra aestimatum rerum in solutum datarum pretium: arg. L. 26. § 4. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.) — *Marezoll* l. l. § 4. p. 243 sq.

4) L. 26. § 4. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)

5) Nov. 4. c. 3. pr. — Cf. *Marezollum* l. l., quem

debita, postquam aut mora facta est per creditorem, aut alio modo ex persona ejus impeditur, quo minus ipsi tute solvi possit, obsignatione facta apud judicem deponitur [6]; quodsi aliae res in obligatione sunt, jam derelinquendo eas, vel effundendo debitor liberatur, scilicet denuntiatione antea rite facta [7].

468. C) *De probanda solutione.*

Probandi onus ei incumbit, qui factam esse solutionem asseverat [1]. Cui probationi inprimis apochae inserviunt [2], tum etiam testes, ita quidem, ut quinque sint necessarii testes ad solutionem probandam, quoties in scriptis se debere aliquis professus est, nec redditum chirographum [3]. Praeterea factam esse solutionem praesumitur, cum aut redditae sunt cautiones [4], aut corruptae inveniuntur [5]; quae quidem praesumtio ex earum genere est, quibus non excluditur contrarii probatio [6].

§ 469. D) *Solutionis factae vis atque effectus.*

Solutionis rite factae haec est vis, ut ipso jure et debitor liberetur, et quae crediti tuendi causa ei accesserunt obligationes, ut fidejussorum, ut hypothecarum, similiter tollantur [1]. Jam si is, qui pluribus ex causis debitor est, aliquam solvendo pecuniae summam, non dicit, in quodnam potissimum debitum velit solutum (quod quidem permittitur ei, si nihil praeterea obstat), tum creditor, cuinam acceptum ferat, ita constituat, quemadmodum voluisse debitorem verisimile est [2]; qua in re, nisi aliter inter partes actum esse appareat, hae sequendae sunt leges: *primum*, ut in graviorem causam solutum videatur; est autem gravior causa: ob quam infamia sequatur condemnatum, aliave poena, tum quae sub usuris debetur, cuive pignora accesserunt vel fidejussores, praeterea cujus dies vel conditio exstitit, quaeve nec aliis excludi potest exceptionibus, ea quoque, quae principaliter, non fidejussorio nomine obligat, denique antiquior causa. *Deinde*, ut primo in usuras, post in sortem acceptum feratur [2a]. Quodsi

tameo noo *omnimodo* nobiscum coosentieotem habeous. — Caeterum nec ooolua ereditor accipere cogeodus est, nisi deficiant mobiles res, ex corporalium quidem genere. L. 16. C. *h. t.* (VIII, 43.) et ibi Auth. *Hoc nisi.* — *Auctoris* Cession § 57. nr. III. p. 427 sq. (ed. 2.).

6) Vid. a) L. 7. D. *de usur.* (XXII, 1.) — L. 19. C. *eod.* (IV, 32.) — L. 9. C. *h. t.* — L. 28. § 1. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — b) L. 7. § 2. D. *de minor.* (IV, 4.) — c) L. 39. D. *h. t.*

7) L. 1. § 3. D. *de resc. vend.* (XVIII, 5.) — L. 9. in f. L. 72. pr. D. *h. t.* — L. 105. in f. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. supra § 373. III. 1. atque ibid. not. 9. et § 406. not. 11.

§ 468.

1) L. ult. C. *h. t.* (cf. § 147. not. 1.).

2) L. 14. C. *h. t.* (cf. supra § 378. in f.). — Vid. et *Gesterding* Archiv f. civilist. Praxis IV. Nr. IV. (cf. A. L. Z. anni 1835. Nr. 74. col. 591.) eundemque ad L. 3. C. *de apochis publ.* (X, 22.) *ibid.* Nr. III.

3) L. 18. C. *de testib.* (IV, 20.) — Nov. 90. c. 2. (cf. § 148. not. 3.).

4) L. 2. § 1. D. *de pact.* (II. 14.) (cf. § 98. ool. 4.).

5) L. 24. D. *de probat.* (XXII, 3.) (cf. L. 22. C. *h. t.*). — *Gluck* Pand. XXI. p. 370 sqq.

6) Cf. L. 14. et 15. C. *h. t.* — L. 24. in f. D. *de probat.*

§ 469.

1) Pr. I. L. 43. D. *h. t.* (Caeter. cf. supra § 317. not. 5. et 6. et § 320. not. 5.). — De ea quaestione, num liberatio contingat debituri, si ab eo, cui nihil debetur, vi extorta est solutio, vid. *Hoepfner* et *Weber* Commeot. § 973. ool. 2. — Cf. *Pfeiffer* das Recht der Kriegseroberung in Beziehung auf Staatscapitalien. 1823.

2) [Idem juris est, si creditor partem obligationis solvi permiserit. — *Funke* Beiträge zur Erörterung pract. Rechtsmaterien diss. IV. — Vid. et 2. not. seq. — E. G.]

2a) Cf. inter se hi loci: L. 1. D. *h. t.*; qui quidem locus est corruptissimus; cf. Basilicor. interpr. T. IV. p. 136. et *Cujac.* V. obs. 34.), L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. pr. L. 7. L. 8. L. 89. pr. L. 94. § 3. L. 97. L. 103. D. *h. t.* — L. 5. § 3. L. 6. L. 48. in

habet, altera et usurarum usuras computat, quoniam illarum accessione sors subinde crescit adeoque major in dies ex versura utilitas percipi potest [9]).

§ 471. II) *Compensatio* (*). A) *Ejus et notio, et res, quae in eo versentur.*

« Compensatio est debiti et crediti inter se contributio » [1]). Quae ut locum habeat, primum omnium utrimque esse debitum necesse est, ita quidem, ut nihil referat, sive in rem agatur, sive in personam [2]), sive stricti juris sit actio, sive arbitraria ac bonae fidei [3]), sive rei, sive poenae persequendae causa comparata sit [4]), itemque nec illud, utrum civiliter an naturaliter tantum debeatur, quod in compensationem deducitur [5]). Nec eo impeditur compensatio, quod impar est quantitas eorum, quae vicissim debentur [6]), non magis quam ideo, quod ab altero solo usurae debeantur [7]), aut non eodem loco utrumque peti possit [8]), aut jam in judicium deductum sit, quod alter vicissim debet [9]). Debitum autem, quod cum alio compensetur, 1) et praesens sit atque purum [10]), et 2) liquidum, certe eatenus, ut non longior mora ei inferatur, qui agendo jus suum persequatur, maxime si ex dispari causa adversarius velit compensare [11]). Praeterea 3) nec genus (scil. diversum) cum genere compensari potest, nec species cum specie, nec species cum genere [12]), sic tamen, ut, cum de compensatione quaeritur, non ad originem obligationis res referenda sit, sed ad id, quod jam est in condemnatione [13]). Denique 4) nec nominatim excepta sint debita a compensationis aequitate; unde locum non habet compensatio adversus ea, quae aut ex depositi vel injustae possessionis causa petuntur [14]), aut fisco, tum reipublicae debentur ex causa tributorum, vel vectigalium, vel pecuniae mutuo datae [15]). Regula vero illa : cogi non posse creditorem, quae alii debeat, com-

9) Cf. *Schrader* p. 182 — 100. et *Seuffert* p. 146 sqq.

§ 471.

(*) Dig. (XVI, 2.) et Cod. (IV, 31.) *de compensationibus.*—*P. H. Anckelmann* de compensatione et speciatim de debito tertii compensando. Gott. 1791.—*Pothier*, traité des obligations. Nr. 625 — 640. — *Dupont* disquisitiones. p. 102 — 108. — *Hasse* Arch. f. civ. Pr. VII. Nr. IX. — *Bethmann-Hollweg* Rhein. Mus. I. p. 257 sqq. — *A. O. Krug* die Lehre von der Compensation. Leipz. 1833. — [Cod. Nap. 1289 — 1299. et *Toullier*, T. VII. Nr. 342—420.]

1) L. 1. D. *h. t.* — *Hollweg* l. l. p. 258.

2) L. ult. pr. C. *h. t.* — *Hasse* l. l. p. 181—187. — *Hollweg* l. l. p. 272 sq.—Caet. vid. *Gesterding* Ausbeute III. diss. IV.

3) § 30. I. *de act.* — Cf. L. 10. § 2. in f. *h. t.* — *Hasse* p. 167—180.—Cf. *Hollweg* p. 273—279.— *Krug* l. l. § 14—17.

4) L. 10. § 2. D. *h. t.* — At vix est, quod huc referri possint L. 36. D. *de dolo.* (IV. 3.)—L. 57. § 3. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)—L. 39. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) similesque loci.—Vid. *Hasse* l. l. p. 175 sq. not. 28. —Cf. et supra § 150. not. 7.—Dissent. *Krug* § 53.

5) L. 6. D. *h. t.* Unde etiam explicanda L. 9. pr. D. *h. t.* — Omnino autem adsit obligatio, quae in compensationem deducatur, necesse est, eaque talis, quae nec elidi possit perpetuis exceptionibus id efficientibus, ut ne naturalis quidem remaneat obligatio : L. 14. *eod.* « Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. » (cf. *Weber* Beitr. zu d. Lehre v. Klagen u. Einr. I. p. 52 sq.—*Krug* § 42.)

6) § 30. I. *de act.*—L. 5. C. *h. t.*

7) L. 11. 12. D. *h. t.*

8) L. 5. D. *h. t.*

9) L. 8. D. *h. t.*

10) L. 7. pr. D. *h. t.* — Cf. L. 16. § 1. *eod.* — De ea quaestione, utrum intra induciarum tempus, aut a principe aut a creditoribus impetratarum (§ 172.), locum habeat compensatio? vid. *Neustetelii* diatr. in *ejus* et *Zimmerni* Abh. Nr. XII.

11) L. ult. § 1. C. *h. t.*—Vid. inprimis *Hasse* l. l. per tot. —*Hollweg* l. l. p. 258—265.—Cf. et *Weber* l. l. l. p. 60—64. — *Reh* et *Gensler* in Archiv f. civilist. Prax. II. Nr. XVII. — *Seuffert* ibid. III. Nr. XIII. et *Gensler* Nr. XIV., itemque *Seuffert* ibid. XI. p. 379 sqq. (Nr. VI.).

12) Arg. L. 2. § 1. in f.—L. 3. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) (§ 466. not. 8.). — Nec contraria est L. ult. C. *h. t.* — Vid. *J. L. E. Püttmanni* interpr. et obs. c. 32.—Cf. et *Glück* Pand. XV. § 903. p. 72 sqq.— Omnino cf. *Krug* § 42—52.

13) Arg. L. ult. pr. § 1. in f. et § 2. C. *h. t.* (cf. not. 12.)

14) L. ult. § 1. in f. et § 2. C. *h. t.* — L. 11. pr. C. *dep.* (IV, 34.)

15) Cf. L. 5. et 7. C. *h. t.* — L. 46. § 5. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — Praeterea et ubi locum habet

pensare [16]), quamvis a ratione profecta sit, tamen non usquequaque valet, siquidem et fidejussores ex reorum personis compensare possunt [17]), tum vero correi ex personis sociorum [18]).

§ 472. B) *Compensationis aut impetratae, aut omissae, aut reprobatae vis.*

Cum compensatione, quasi per solutionem, ipso jure tollatur obligatio una cum accessionibus, idque ex eo tempore, quo causa ejus nata est [1]), utique ad concurrentem quantitatem [2]) : sequitur, ut, quod omissa compensatione [3]) solvatur, nisi consulto omissio facta sit, nec antiqua actione uti malit adversarius [4]), tamquam indebitum condici possit [4a]). Quod quidem jus, cum innumeris difficultatibus rem impediat, maxime cum inter eos res agitur, inter quos frequens est commerciorum usus, vix est, ut in foris nostris obtineat [5]). Quodsi aut rationem compensationis judex non habuit, aut simpliciter eandem reprobavit, nihilominus actio, quae ante fuit, salva manet, sin causam ejus rejecit, quasi omnino non exstet debitum, rei judicatae exceptione pristina actio excludetur [6]).

§ 473. III) *Conventiones liberatoriae,* A) *quae quidem prae caeteris ita vocantur.*

Obligationis remissio aut testamento fit [1]), aut conventione; quae, licet et tacite fieri possit [2]), tamen, quemadmodum juris translatio, sic etiam remissio

compensatio, propriis quibusdam fiscus utitur juribus. — Vid. a) L. 1. C. *h. t.* — b) L. 46. § 4. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — Omnino vid. *Krug* § 71—75.

16) L. 16. pr. L. 18. § 1. L. 23. D. L. 9. C. *h. t.*

17) L. 4. et 5. D. *h. t.*—*Hasse* p. 170—172.

18) L. 10. D. *de duob. reis.* (XLV, 2.) — Caeterum non est, quod inter exceptiones referatur causa Legis 9. D. *h. t.*, quippe quae partim ex naturalis obligationis potestate (supra not. 5.), partim ex obligationis unitate explicanda sit. Praeterea sponte intelligetur, quare heres cum ex sua, tum ex defuncti persona compensationem aut pati necesse habeat, aut uti eadem possit, sive suo nomine, sive ex defuncti obligatione agat conveniaturve. — De his, quibus actiones cessae sunt, vid. *Auctoris* Cession p. 596. or. 2. (ed. 3.). At prorsus ab hoc loco aliena est L. 18. pr. D. *h. t.*, quam quidem vulgo huc referunt (*Glück* Pand. XV. p. 95 sq.).— Vid. *Cujacii* obs. (XXIV, 37.) — *Auctoris* Cession § 62. p. 612.— At omnino cf. *Krug* § 58—69.

§ 472.

1) L. 4. L. 21. D. L. 4. et L. ult. pr. C. *h. t.* — § 30. I. *de act.* atque ibi *Theophilus* (qui quidem latine reddit verba *ipso jure*, ut solet in iis, quae propriam habent eamque ex artis usu confirmatam notionem).— L. 4. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) — L. 7. C. *de solut.* (VIII, 43.)—*Hasse* l. l. p. 156—163. p. 171 — 174. p. 183. 184. p. 191 — 203. — *Krug* § 20. § 23—31. — Caeter. cf. *Hollweg* l. l. p. 270 sqq. et infra not. 5.

2) Cf. L. 11. D. L. 4. L. 5. L. 12. C. *h. t.*—§ 30. et 39. I. *de actionibus.*

3) At etiam post rem judicatam admittitur compensatio, L. 2. C. *h. t.* — *Hasse* l. l. p. 206. — Neque vero prorsus est silentio praetermittendum, nonnullis ex causis olim fieri debuisse, ut aut cum compensatione aut cum deductione ageretur. Quod, quo sensu dixerint veteres, cognosces e *Gaji* inst. IV. § 64—68.—Cf. *Hasse* l. l. p. 176—180. — *Kraut* D. de argentariis et nummulariis C. XII. p. 122 sqq. — *Hollweg* l. l. p. 279 sqq.

4) [Quod quidem jus, si solutio per errorem facta vel accepta sit, ei non competere, contendit *Krug* l. l. p. 264.— E. G.]

4a) L. 10. § 1. D. *h. t.* — *Krug* § 97 sq. — De L. 26. D. *de probat.* (XXII, 3.) vid. § seq. not. 3.

5) Cf. Quod ad impedimentorum causas attinet, *Hasse* l. l. ibique inprimis p. 156. 160. 163.; qui tamen in iis, quae de usu hujus juris hodierno diximus, nobiscum non consentire videtur. At multo etiam magis a nostra sententia recedit *Hollweg* p. 269.; quippe qui naturali rationi id esse convenienes affirmet, de quo, nulla rationi defendi posse, nobis quidem certe persuasum est, scil. ipso jure tolli obligationem, ex quo utrimque aliquid deberi coepit. — Caet. cf. *Auctoris* Cession § 60. p. 567. not. 149. c. — *Krug* § 97. 98. — *Schuster* zwei Abhandlungen. (Vindob. 1830.) Nr. I.

6) L. 7. § 1. D. *h. t.*—L. 8. § 2. D. *de neg. gest.* (III, 5.) — L. 18. § 4. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)— L. 1. § 4. D. *de contr. tut. act.* (XXVII, 4.)—*Weber* Beitr. zu Kl. u. Einr. I. nr. 6. p. 51. 52. p. 60—73.

§ 473.

1) Dig. (XXXIV, 3.) *de liberatione legata.*

2) Vid. v. c. L. 2. § 1. L. 3. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 30. D. *de minorib.* (IV, 4.) — Cf. *Auctoris* Entwurf des gemeinrechtl. und preuss. Civilprocesses (Halle 1827.) § 237. not. b.

plerumque nulla est, nisi etiam consensit debitor [3]. Duplex autem harum conventionum Romano jure cernitur genus: alterum, omnium obligationum commune; alterum certarum proprium, scilicet ex eo profectum, tamquam principio, ut, prout quidque contractum sit, ita et solvi debeat [4]. Quo in genere item duae erant formae: una acceptilationis, quae quidem propria erat verborum obligationis [5]; altera simplicis dissensus (vocant mutuum dissensum), ad ejus generis obligationes pertinens, quae consensu contrahuntur [6]. Commune autem omnium obligationum vel tollendarum vel minuendarum instrumentum est pactum de non petendo, alias ipso jure, alias per exceptionem tollens obligationes [7]. Jam vero exsulante e foris nostris acceptilatione, quae de reliquo jure forensi disciplinae maxime conveniunt, nec alibi aut jam sunt a nobis exposita, aut infra etiam exponentur [8], brevibus complectamur. Igitur mutuo dissensu tolluntur obligationes, unde utrimque aliquid praestandum est, scil. re etiam integra [9], hoc pacto, ut, si quidem a nemine adhuc res intercessit, quamvis de alterutro tantum concepta sit liberationis conventio, tamen ad utrumque liberatio pertineat [10], sin ab altero res praestita, ab coque postea remissio simpliciter facta sit, non nisi alter liberetur [11]. Quodsi praestatio aut ab alterutro aut ab utroque pure secuta sit, posteaque ut a contractu discedatur convenerit, non tam vertcrem obligationem solvisse, quam de novo contraxisse partes videntur [12]. Caeterum pacta de non petendo, si quidem in rem concipiuntur (§ 334. not. 1.), omnibus, ad quos ea res pertinet, plerumque [13] aut nocent aut prosunt [14]. Quare, cum id agitur hujusmodi pactis, ut onera rei cohaerentia remittantur, pacti exceptio etiam singularibus successoribus prodest [15]. Quodsi tamen mera juris civilis ratione impeditur, quo minus pacti exceptio locum habeat, doli exceptio utilis erit [16]. Preaterea nonnumquam et in personam pactum his proficiet, qui ipsi pacti non sunt [17]. — Quaecunque autem de hujusmodi pactis dicta sunt, etiam in jurisjurandi exceptionem conveniunt, quippe cui similiter pactum de non petendo insit [18].

§ 474. B) *Novatio* (*). 1) *Ejus notio et genera summa.*

Novatio est obligationis mutatio. Est autem novationis duplex velut summum

3) Arg. L. 91. init. D. *de solut.*—L. 9. pr. in f. L. 17. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — Neque contraria est L. 26. D. *de probat.* (XXII, 3.), quippe quae jure singulari nitatur. — Vid. *Glück* Pand. XV. p. 111—113. et XXI. p. 391—396. et *Krug* Lehre v. d. Compens. p. 268. sqq.—Cf. etiam *Fritz* Arch. f. civ. Pr. VIII. nr. XV.

4) L. 80. D. *de solut.* — L. 35. D. *de reg.*

5) Dig. (XLVI, 4.) et Cod. (VIII, 44.) *de acceptilatione.* — § 1. I. *h. t.* — Cf. a) L. 8. pr. D. *h. t.* (§ 114. not. 7.).—L. 5. pr. in f. D. *de resc. vend.* (XVIII, 5.)— b) L. 19. § 1. *eod.* — c) De Aquiliana vero stipulatione § 2. I. L. ult. C. *h. t.* — *Hugo* civilist. Magaz. II. nr. XIX.

6) § ult. I. *h. t.* — L. 80. D. *de solut.*

7) Cf. v. c. L. 17. § 1. 2. D. *de pact.* — L. 95. § 4. D. *de solut.* — § 3. I. *de exceptionibus.*

8) § 172. et infra § 477. tum Lib. V. Cap. III. (§ 669.)

9) § ult. I. *h. t.* — L. 6. § 2. D. *de contr. emt.*—L. 3. L. 5. § 1. D. *de resc. vend.* (XVIII, 5.) (not. 12.).

10) L. ult. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.)— L. 5. pr. D. *de resc. vend.*

11) L. 56. D. *de pact.* (cf. *Gu. Fornerii* Lib. III. select. c. 5. apud. *Otton.* II. p. 87.).

12) Cod. (IV, 45.) *Quando lic. ab emt. discedere.* — L. 2. in f. D. *de resc. vend.* — L. 58. D. *de pact.* — Vid. *Weber* ad *Hoepfner.* § 1000. not. 3. —Cf. et supra § 345. not. 10.

13) Nam vid. L. 27. pr. D. *de pact.* et infra § 493.

14) L. 21. in f. et arg. L. 57. § 1. *de pact.*

15) L. 17. § 5. D. *de pact.*

16) L. 10. in f. L. 16. pr. L. 21. § 1. et 2. L. 25. § 2. L. 26. D. *de pact.*

17) Vid. Uebersetzung d. Tit. de pact. 21. not. b. et 22. not. a. (p. 48. sq.).

18) L. 1. § 3. D. *quarum rerum actio non datur.* (XLIV, 5.) — Vid. et § 151. not. 6.

§ 474.

(*) Dig. (XLVI, 2.) Cod. (VIII, 42.) *de novationib. et delegationib.* — *Bernab. Brissonius* de

divisionis genus. Et primum quidem novationem devidunt in voluntariam, quae conventionibus fit, et necessariam, quae ex legis necessitate contrahitur [1]); quo in genere est, quae litis contestatione fit, tum re judicata [2]), licet utriusque vis item ex conventionibus haud incommode repetatur [3]). Altera est novationis divisio in privativam, qua prior tollatur atque in novam transmutetur obligatio [4]), et cumulativam, quae non exstinguat, sed potius augeat atque confirmet priorem obligationem [5]). Quemadmodum autem non plena est baecce divisio atque omnibus numeris absoluta, siquidem et aliis modis mutari potest obligatio, velut cum circa ipsam rem debitam, vel diem, vel conditionem mutatio fit, vel etiam simpliciter detrahitur aliquid obligationi [6]): sic de nonnullis novationum formis quaeri potest, ad utrum novationum genus potissimum referendae sint? Nam litis contestatione et re judicata tollitur quidem obligatio et velut ex nova causâ incipit deberi [7]); at, si rem ipsam spectamus, vetus obligatio confirmatur potius, novumque ei additur adminiculum [8]). In eadem causa est jusjurandum, quod defertur actori; quod quidem genus est voluntariae novationis [9]).

§ 475. 2) *Speciatim de voluntaria novatione.*

Voluntaria igitur novatio conventionibus fit, iisque vel civili jure subnixis, i. e. aut stipulationibus, aut literarum obligatione [1]), vel praetorio jure, ut constituto [2]), ut jurejurandi pacto [3]). Quemadmodum autem qui sub tutela sunt vel cura, non possunt novare, nisi quatenus meliorem faciunt conditionem suam [4]): sic nec rerum alienarum administratores, praeterquam hi, quibus aut generali mandato bonorum administratio concessa, aut novationum faciendarum jus specialiter mandatum est [5]). Caeterum quodcunque debetur novari potest, et quod naturaliter tantum, et quod sub conditione vel in diem debetur [6]); praeterea et ipsi potest novationi dies adjici vel conditio [7]). Ejus vero, quae

solut. et liberat. Lib. II. (in opp. min. p. 145—151.) — *Pothier*, traité des obligations. Nr. 581 — 605. — [Cod. Nap. 1271 — 1281. — *Toullier*, le droit civil français. T. VII. Nr. 270—319.]

1) Propter *Pauli* verba: « Aliam causam esse *novationis voluntariae*, aliam judicii accepti— ». L. 29. D. *h. t.*—Cf. *Keller* üb. Litiscontestation u. Urtheil p. 97. not. 17.

2) *Gaji* inst. III. § 180 sq. — Cf. omnino *Kelleri* opus laudatissimum üb. L. C. u. Urtheil (vid. § 144. not. *.) et *Auctoris* Cession § 4. not. 64.

3) Nam licet, quod dicitur: « judicio contrahi » (L. 3. § 11. D. *de pecul.* XV, 1.), et quae hujus sunt similia (velut L. 22. D. *de tut. et rat. distr.* XXVII, 3.), proprie quidem non nisi ad litis contestationem referendum sit (cf. *Rudorff* Zeitschr. f. hist. R. W. VII. p. 233.), tamen ex eadem ratione, tamquam ex fonte, et rei judicatae auctoritas manavit.— *Keller* l. l. § 25. p. 201. — *Auctoris* Cession § 5. not. 87.

4) Ad eamque potissimum, tamquam ad unam, novationis nomen veteres referunt L. 1. D. *h. t.*

5) L. 8. C. *h. t.*—Vid. et infra not. 8.

6) Vid. v. e. L. 1. § 5. L. 3. in f. L. 4. L. 5. pr. § 1. et 2. L. 13. D. *de pec. const.* (XIII, 5.)—Cf. *Gaji* inst. III, 177. et 179.

7) *Gaji* inst. III. § 180. — L. 11. § 1. D. *h. t.* — Cf. Vat. Fragm. § 263. — L. ult. C. *de usur. rei jud.* (VII, 54.)— *Keller* l. l. § 9. et § 25. p. 201.— *Hasse* Rhein. Mus. I, 3. p. 217. in not.

8) L. 29. D. *h. t.* « — neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem — ». L. 86. *de reg. jur.* — *Keller* l. l. § 10.

9) L. 26. § 2. D. *de jurejur.* (XII, 2.)— Vid. et § 151. context. ad not. 6.

§ 475.

1) § 3. I. *quib. mod. toll. obl.* — *Gaji* inst. III. § 128—130.

2) Vid. supra § 345. nr. II. et § 474. not. 6.

3) Vid. § 474. not. 9. et infra not. 5.

4) L. 10. D. *h. t.* — Arg. L. 3. *eod.* — § 9. I. *de inutilib. stipul.* — L. 28. pr. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 17. § 1. D. *de jurejur.* (XII, 2.)

5) L. 25. D. *h. t.* — L. 20. § 1. *eod.* — L. 12. D. *de pact.* — L. 58. D. *de procur.* (III, 3.)— L. 17. § 2. 3. D. *de jurejur.* — Caeter. vid. L. 60. D. *de proc.* — Cf. *Schulting* enarr. ad Part. I. Dig. Tit. de proc. § 6. — *Glück* Pand. V. p. 43. not. 13. p. 287. not. 15.

6) L. 1. § 1. L. 2. L. 5. D. *h. t.* — L. 14. § 1. L. 31 pr. *eod.*

7) L. 5. pr. inf. L. 14. pr. D. *h. t.*—*Gaji* inst. III. § 177. et 179.

prae caeteris novatio, i. e. privativae (§ 474. not. 4.), duplex est forma. Nam 1) aut personae mutantur, idque fit vel expromissione simpliciter facta [8], quae quidem etiam non consentiente debitore fieri potest [9], vel delegationibus (§ seq.); aut 2) iisdem manentibus reorum personis ipsius obligationis vel causa novatur, vel conditiones mutantur [10]. Verae autem hujus novationis vis ea plerumque est, ut vetus obligatio, una cum his, quae ei accedant, penitus exstinguatur [11], nisi quod pignora pactis retineri possunt [12]. Caeterum Justinianus, ad veterum ea de re dubitationes tollendas, sancivit, ut, quotiescunque *ambiguae* sit *interpretationis* negotium, quo novatio fiat, vera s. privativa non efficiatur novatio, nisi novandi animus diserte declaretur [13]. Qua quidem constitutione omnem tacitae voluntatis vim in novationibus sustulisse imperatorem, minime credendum est [14].

§ 476. 3) *Singulae quaedam novationum formae.* a) *Delegatio.*

Quoniam de plerisque novationum formis aliis in locis satis fuse diximus [1], duae tantum supersunt, quae hic etiam commemorentur: delegatio et transactio. Et *delegare* universim quidem significat; alii concedere actiones, quae etiam litis cotestatione delegationes fieri dicuntur [2]. At proprie delegatio ita fit, ut prorsus nova incipiat inter delegatarium et delegatum, i. e. debitorem, obligatio, eaque talis, quae non adjicitur veteri, sed sola in se habet causam, unde actio nascitur [3]. Triplex igitur ad perficiendam delegationem necessaria est conventionis forma: prima est mandati, quo quidem jus suum alter alteri delegat [4], idque nulla adhibita juris solennitate, nutu etiam fieri potest [5]. Altera item est mandati forma, ejus scilicet, quo delegato jubet delegans, ut nomen exsolvendum delegatario promittat [6]. Hisque accedat necesse est inter ipsum debitorem et delegatarium conventio, quae quidem civili forma fieri debebat [7], i. e. aut stipulatione, aut literarum obligatione [8], nunc etiam nuda conventione fieri potest (§ 342. ad not. 9.). Neque vero id tantum agitur delegatione, ut, alium debitorem substituendo, solvatur obligatio, quemadmodum rem explicare fere

8) L. 8. § 5. D. *h. t.* — *Hoepfner* Comment. § 990. nr. 1. — Caeterum et expromissor dari a debitore potest (vid. L. 8. § 8. D. *ad Sct. Vellej.* (XVI, 1.) — L. 4. § 3. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — *Brisson.* v. *Expromissor* et *Expromittere*). Enimvero in delegatione a debitore facta, qui delegatur, expromittit.

9) Arg. L. 23. D. *de solut.* (XLVI, 3.) et L. 31. in f. D. *h. t.*

10) L. 1. § 6. D. *de pec. const.* (XIII, 5.) — L. 2. L. 8. § 1. D. *h. t.* — *Gaji* inst. III. § 129. — Vid. supra not. 6. 7. et cf. *Hoepfner* comment. § 980.

11) Cf. L. 8. pr. L. 15. L. 18. L. 27. D. *h. t.* — L. 29. *eod.* (*Keller* l. l. p. 98. not. 3.) — L. 2. C. *h. t.* — § 3. I. *h. t.* — L. 8. § 3. D. *ad Sct. Vellej.* (XVI, 1.) — L. 37. § 4. D. *de operis libertor.* (XXXVIII, 1.) — Vid. et L. 14. D. *h. t.* — *Brisson.* de solutionib. Lib. II. p. m. 266 sq. — Caeter. cf. not. seq.

12) Vid. supra § 316. not. 3. et § 323. not. 13.

13) L. ult. C. *h. t.* — Cf. *Vinn.* ad § 3. I. *h. t.* nr. 6. — *Hoepfner* Comment. § 989. in f. — *Hugo* civ. Mag. II. p. 427 sqq. — *Gesterding* Arch. f. civ. Praxis II. Nr. XVIII. § 6. — *de Loehr* Mag. IV. Nr. III. p. 27 sqq. — *Hepp* Archiv f. civ. Pr. XV. Nr. XI.

14) Cf. L. 41. § 6. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 2. in f. L. 8. § ult. L. 26. in f. L. 28. D. *h. t.* — *Loehr* l. l. p. 29 sq. (ibiq. not. 4.). — Dissent. *Hepp* l. l.

§ 476.

1) Vid. § 141. § 151. § 153. et § 315. nr. II.

2) L. 11. § 1. D. *h. t.* (*de novationibus et delegationibus*). — Cf. § 474. not. 7. et *Auctoris* Cession § 4. not. 61. p. 37.

3) L. 3. C. *h. t.* — L. 41. pr. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 4. § 20. 21. D. *de doli mali exceptione.* (XLIV, 4.) — L. 78. § 5. D. *de J. D.* (XXIII, 3.)

4) L. 11. pr. D. *h. t.* (cf. infra not. 10.).

5) L. 17. L. 22. in f. D. *h. t.* — Cf. *Brisson.* v. *delegare* § 2.

6) L. 12. in f. D. *h. t.* — L. 45. § 4. D. *mandati.* (XVII, 1.)

7) Nam praetorio jure s. constituto effici non poterat, ut prior debitor liberaretur. L. 28. D. *de constituta pec.* (XIII, 5.)

8) L. 11. § 1. L. 22. L. 24. L. 31. in f. L. 33. D. *h. t.* — L. 1. et 3. C. *eod.* — *Gaji* inst. III. § 130.

solent recentiores [9]), sed latius etiam patet delegatio [10]). Omnino enim utilissimum est negotium ad versuras faciendas, et, quemadmodum fieri potest, ut is, ad quem aliquis delegatur, nihil vere debeat deleganti, sed ex hujus mandato obligationem cum delegatario suscipiat contrahendam [11]): sic eum potissimum in finem adhibentur delegationes, ut nomina tranferantur ad alium, sive ex donationis, sive quacunque alia ex causa, unde jura quaerere licet, id fiat [12]). Quare magis esse conveniens duximus, de delegationis vi ac potestate eo in loco tractare, qui est de obligationum ad alios translatione (Cap. XV. § 494).

477. b) *Transactio* (*).

Transactio est conventio de rebus juribusque dubiis componendis inita. Igitur I) ab his transactio fit, inter quos ea de re ambigitur vel disceptatur, tum a rerum alienarum administratoribus, quibus quidem alienationes facere concessum est [1]). II) Pertinet transactio ad res dubias [2]), easque tales, de quibus omnino statuere licet privatis hominibus [3]), tum quae nec nominatim legibus excipiuntur a transactionum jure [4]). III) Perficitur transactio ex Romani quidem juris praeceptis non nisi aut stipulatione adhibita, aut eo, quod ab altero, sive dando sive remittendo, praestitum sit illud, de quo praestando convenit partes [5]); ac praeterea de alimentis, futuris illis quidem, non nisi per judicem transigere licet [6]). IV) Vis est transactionis jure perfectae haec, ut pristini juris novatio fiat [7]), nec a transactione discedere alteri liceat, invito altero [8]), nisi forte commissoria lex adjecta sit conventioni. Ac ne tum quidem, si, omissa stipulatione,

9) Vid. v. c. *Hoepfner* Comment. § 990.

10) L. 11. pr. D. *h. t.* («Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel *cui jusserit.*») Vid. et notae seqq. — *Auctoris* Cession § 18. not. 427. p. 225.

11) V. c. L. 33. D. *h. t.* — L. 5. C. *h. t.*

12) V. c. L. 41. pr. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 2. C. *de O. et A.* (IV, 10.) — L. 1. C. *h. t.* — L. 11. in f. C. *de donat.* (VIII, 54.)

§ 477.

(*) Dig. (II, 15.) et Cod. (II, 4.) *de transactionibus.* — Vid. *H. Donelli* comment. ad quosd. libr. Cod. (Francof. 1599.) p. 78 — 120. — *H. N. Gundling* de transaction. stabilitate et instabilitate capita (Exerc. acad. nr. VIII. p. 317—358.).

1) Cf. L. 60. D. *de proc.* (III, 3.) (vid. L. 63. *eod.*). — L. 117. § 1. 2. D. *de jurejur.* (XII, 2.) (cf. L. 2. *eod.*). — L. 46. in f. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) — L. 20. in f. D. *de novat.* (XLVI, 2.) (cf. L. 12. § 1. *de adm. et tut.*). — L. 54. in f. L. 56. § 4. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 4. C. *de praed. et al. reb. min.* (V, 71.)

2) L. 1. D. *h. t.* («Qui transigit, quasi de re dubia *et lite incerta neque finita* transigit; qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitabilem donatione remittit.») — L. 2. C. *eod.* (cf. *Voet* ad h. t. Pand. § 10.).— Igitur de re judicata, tamquam de lite incerta, transigi nequit, quamvis id quidem fieri potest, ut etiam post litem finitam partes inter se paciscantur de re antea in judicium deducta atque alter de jure suo paulum decedat: f. L. 23. § 1. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) nec non L.32. C. *h. t.* — Cf. et *Paulli* sent. rec. I. Tit. I. § 5. («Post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.») — Quibus non obstant L. 7. pr. et L. 11. D. *h. t.* — Vid. *Glück* Pand. V. § 350 sq. — Inprimis autem de argumento proposito conferendi sunt: *Thibaut* Archiv f. civ. Pr. T. VIII. Nr. XII. — *Goldschmidt* Archiv f. civ. Praxis T. IX. Nr. V., itemque *Thibaut* ib. Nr. XXII. — Cf. *Francke* eph. Tub. IV. p. 42 — 47.

3) Vid. c. ult. X. *de transactionib.* (I, 36.) (cf. *Gundling* l. l. § 32. p. 340 sq.). — Vid. et a) L. 18. C. *h. t.* (*Noodt* — de transact. et pact. criminum lib. sing. — opp. I. p. 233 sqq.) — b) § 142. not. 9. et supra § 351. not. 4. 5.

4) Vid. L. 6. D. *h. t.* et L. 1. § 1. D. *test. quemadm. aper.* (XXIX, 3.)—Cujus praecepti rationem ut exquirerent, multum operae posuerunt interpretes. Vid. inprimis *Gundling* exerc. Nr. I. p. 1 — 30. — *Noodt* de pact. et transact. c. 18. (opp. I. p. 465.). — *A. Schulting* de transact. sup. controv., quae ex ult. volunt. proficiscuntur, etiam non inspectis vel cognitis earum verbis recte ineunda (comment. acad. I. Diss. IV.). — *Glück* Pand. V. § 349.

5) Cf. L. 6. L. 28. L. 33. L. 38. D. *h. t.* (vid. supra § 342. ad not. 9.).

6) L. 8. D. L. 8. C. *h. t.* (*Noodt* de pact. et transact. c. 17.).

7) Vid. L. 7. § 1. D. *h. t.* — L. 68. in f. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.) — *Averan.* interpr. III. c. 8. nr. 2—18. — Cf. et *Gundling* l. l. § 33. 34.

8) L. 16. et 39. C. *h. t.* (vid. et not. seq. et cf. supra § 344. not. 7.). Peculiarem etiam poenam ei lex comminata est, qui a jurata transactione resilire audeat, L. 41. C. *h. t.*

ex alterius praestatione coeperat contractus, ei, qui dederat, poenitendi jure uti concessum est, sed praescriptis verbis ut impleretur transactio experiundum erat [9]). Quodsi quis transigentium tamen instaurat veterem actionem, pacti exceptione, i. e. transactionis, ab adversario opposita, id tantummodo per doli replicam actor consequetur, ut transactionem adimplere adversarius cogatur [10]). Quamvis autem genere quidem toto ex aliarum conventionum jure transactiones sunt aestimandae, quare nec fere ad alios pertinent, nisi ad ipsos, qui transegerunt [11]), nec ulla est vis transactionis, quae aut vi metuque extorta aut dolo malo elicita est [12]) : tamen propter errorem plerumque nequit impugnari transactio [13]), non magis quam ex instrumentis postea repertis [14]), aut propter laesionem ultra dimidium [15]). Itemque nec is, a quo evicta est res, quae implendae transactionis causa data erat, ideo recedere potest a conventione, licet eo nomine actionem habeat adversus dantem [16]). Caeterum, quamvis generale vocabulum etiam in transactionibus pleno accipiendum sit sensu [17]), tamen eum in ambiguo res est, ad ea tantum, quae nominatim expressa sunt, pertinere transactionem existimandum est, nisi de aliis quoque cogitasse transigentes probari potest [18]).

§ 478. IV) *Rei judicatae exceptio* (*).

Quemadmodum novatio inest judicum sententiis, quibus condemnatur reus [1]): sic absolutoria judicis sententia simpliciter tollitur obligatio [2]). Quae quidem innuisse sufficiat, cum de rei judicatae exceptione, ipsiusque vi atque effectu, satis supra dictum sit [3]). Amortisatione autem, ut vocant, non perimit judex obligationem, sed instrumentum tantum debendi irritum esse jubet. [4]).

§ 479. V) *Exstinguendarum obligationum causae, quae ex ipsa re nascuntur.*

In hoc causarum genere tres insunt species : diei vel conditionis eventus, praestandi impedimentum, quod casu contingit, confusio (§ 118 not. 4.), i. e. obligationum commixtio, quae successionibus fit. Et quoniam utramque priorem aliis in locis absolvimus [1]), de posteriore tantum quaedam hic supersunt adji-

9) L. 6. et 33. C. *h. t.*—Nec contraria est L. 14. *eod.* — Vid. *Gundling* l. l. § 35.

10) Vid. Inprimis L. 28. C. *h. t.*—Cf. et L. 21. C. *de pact.* (II, 3.) et L. 24. L. 36. C. *h. t.*

11) L. 1. C. *h. t.* —L. 3. pr. D. *eod.* — Caeter. vid. L. 14. D. *h. t.* — *Glück* Pand. V. § 355. p. 80 — 86.

12) L. 35. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 9. § 2. D. *h. t.* — L. 13. L. 19. L. 42. C. *eod.*—L. 65. § 1. in f. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)

13) Vid. L. 6. C. *de jur. et fact. ignor.* (I, 18.) — L. 2. C. *h. t.* — L. 65. § 1. D. *de cond. indeb.* — L. 78. § 16. in f. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — Cf. et L. 3. § 1. L. 12. D. L. 19. L. 29. L. 42. C. *h. t.*— Vid. omnino *Glück* l. l. § 348.

14) L. 9. pr. C. *h. t.* (cf. tamen not. 13.).

15) L. 78. in f. D. *ad Sct. Treb.* — Nec contraria est L. ult. C. *de dolo.* (II, 21.) — Vid *Glück* l. l. § 356. p. 89—94.— Caeter. cf. *Thibaut* Vers. II. nr. 11.

16) L. 33. C. *h. t.* — Cf. *Wening* Arch. f. civ. Praxis I, 10.

17) L. 12. D. L. 29. pr. C. *h. t.* (cf. *Hellfeld* opusc. Nr. IV. § 23. 24.).

18) L. 5. L. 9. § 3. D. L. 31. C. *h. t.* — *Hellfeld* l. l. § 26 sqq.

§ 478.

(*) Dig. (XLIV, 2.) *de exceptione rei judicatae.*

1) Vid. supra § 474. not. 2. et 7.

2) *Gaji* inst. III. § 181. in f. IV. § 107.

3) Vid. § 153. not. 4. et 6—16. ibiq. context.

4) *C. Schumm* die Amortisation verlorener oder sonst abhanden gekommener Schuldurkunden, in Arch. f. civ. Pr. T. XIII. in app.

§ 479.

1) a) Vid. § 118. not. 3. et § 316. nr. 1. § 330.— b) § 362.

cienda. Igitur si debitoris obligatio cum creditoris jure in ejusdem persona concurrit, plerumque exstinguitur obligatio, eaque una cum accessionibus [2]), praeterquam si e pluribus correis, sive credendi sive debendi, unus successor exstitit adversario [3]). Quodsi e pluribus, qui de eadem re principaliter obligantur, alter alteri succedit, nihil mutatur; sin alterius tantum fidejussoria est obligatio, haec quidem tollitur [4]), nisi si fortior illa sit atque plenior principali obligatione [5]). Nec vero eo fit confusio, quod inter plures reos credendi successio locum habet, siquidem in potestate est successoris, utrumne suo nomine, an ejus, cui succedit, experiri velit [6]). Caeterum sublata confusionis causa actiones restituendae sunt [7]).

§ 480. VI) *De obligationum actionumque exstinguendarum causis, quae ex mera legislatoris voluntate proficiscuntur;* A) *summatim.*

Lege tollitur obligatio et in poenam creditoris [1]), et propter personae exstinctionem [2]), et propter duarum lucrativarum causarum concursum [3]), tum vero maxime ob creditoris negligentiam, jus suum intra legitima temporum spatia non persequentis. Eaque est causa, quae actionum praescriptionis nomine venire solet. Quam quidem accuratius mox persequemur.

§ 481. B) *Singulatim de actionum praescriptione* (*).

Et olim quidem civiles actiones fere erant perpetuae, i. e. ab omni praescriptione exemtae, idque pedetentim mutatum, ac postea Imp. Theodosii II. constitutione [1]) sancitum est, ut plerumque annis triginta continuis finirentur perpetuae actiones [2]). Sunt tamen aliae longiori aliae breviori temporis spatio conclusae [3]). Nam quae causae impediunt, quo minus aliquis res suas amittat intra ordinarium praescriptionis tempus, eae etiam in actionum ex obligationi-

2) L. 71. pr. D. *de fidej.* (*verb.* : «Et quidem si unus — — mandator esset»). — L. 34. § 8. L. 75. 1.. 95. § 2. D. *de solut.* (XLVI, 3.)—Caeterum vid. § 316. not. 8.

3) L. 71. pr. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.) — et arg. L. ult. D. *de duob. reis* (XLV, 2.) (cf. infra § 493.

4) L. 93. § 1. (cf. *Cujac.* obs. XI, 34. in f.). § 2. 3. D. *de solut.* — L. 21. § 2. in med. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.)

5) L. 95. § 3. D. *de solut.* (cf. § 330. not. 5. 6. et infra § 486. not. 8.).

6) L. 93. pr. D. *de solut.* — Cf. L. 43. in f. *eod.*

7) L. 21. § 2. D. *de inoff. test.* (V, 2.) — L. 87. § 1. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)—Vid. et infra § 756 sq. et § 782. not. 26.

§ 480.

1) Cf. § 118. § 134. et § 444., tum vero infra § 497. Nr. II. Praeterea vid. Nov. 72. c. 1 — 5. et infra locum de his, quibus ut indignis hereditates vel legata eripiuntur.

2) Vid. § 184. et § 421. not. 2—5.—§ 430. Nr. II.

3) § 118. not. 5 et infra locum de causis, quae ultimas hominum voluntates impediunt; Lib. V. Cap. VI. § 765.

§ 481.

(*) Inst. (IV, 12.) *de perpet. et temporal. actionib.*—Dig. (XLIV, 3.) *de divers. temporal. praescriptionib.* — Cod. (XII, 39.) *de praescr. XXX vel XL annor.* — *Thibaut* üb. Besitz u. Verjähr. II. § 38 — 56. p. 117—151. — *Unterholzner* ausführl. Verj. Lehre II. § 256—283.

1) L. 1. Th. C. *de actionib. certo tempore finiendis.* (IV, 14.) ibique *Wenck* in Libr. V. prior. edit. p. 251. not. r.

2) L. 3. C. *h. t.*—Cf. et Pr. I. *h. t.* —*Unterholzner* ausführl. Verj. Lehre I. § 17—19.

3) Et haec quidem prae caeteris temporales appellantur, quarum in numero, praeter alias (not. 6 sqq.) olim etiam erat actio ex Italico contractu, quae annali praescriptione excludebatur, simili illa usucapionis praediorum in Italico solo. — Cf. L. 1. C. *de annali exceptione Italici contractus tollenda.* (VII, 40.)— Cf. et not. 6.

bus descendentium, praescriptione locum [4]), et praeterea hypothecariae actioni, dum ipse debitor rem possidet, quadraginta, ei vero, quae ad damnum alcatorium repetendum datur, quinquaginta demum annis praescribitur [5]). Temporales (not. 3.) autem sunt et criminales accusationes [6]), et Praetoriae in integrum restitutiones [7]), tum etiam pleraeque ex poenalium genere, earumque ex propria Praetoris jurisdictione descendentium [8]), item aedilitiae actiones [9]), tum singulae quaedam actiones, quibus jam antiquiore tempore singulares ob causas certum erat praescriptionis spatium constitutum [10]). Praeterea per rerum usucapionem fieri etiam potest, ut citius finiantur actiones [11]). Generalibus autem praeceptis, quae supra (§ 123.) de temporis praescriptione a nobis proposita sunt, haec etiam addimus: 1) in usurariis obligationibus ex eo tempore currere praescriptionem, ubi primum moram persolvendarum usurarum debitor contraxerit [12]); 2) tempus utique esse naturaliter computandum, hoc pacto, ut non nisi toto completo novissimo die finiatur obligatio [13]). Et haec quidem de actionum praescriptione. Exceptiones vero plerumque non excluduntur tempore [14]), ne tum quidem, si etiam actio, eadem ex causa descendens, praescriptione perempta est [15]). Igitur verius esse videtur, ut statuamus, actione praescripta naturalem remanere obligationem [16]). Neque vero ultra procedendum, quam ipsa res postulat, nec quidquam admittendum, quo finis impediatur, qui omnino propositus est temporum praescriptionibus, quippe quae litium diminuendarum causa introductae sunt [17]). Quapropter, ut non utique omnium causarum naturalem efficientium obligationem eadem est vis (§ 330. not. 7.), sic nec compensatio hac in causa admittenda est [18]), idque eo etiam nititur, quod in compensationem non veniunt, quaecunque per exceptionem perpetuam perimi possunt [19]).

4) Cf. L. 3. 4. 9. C. *h. t.* (cf. supra § 267.). — *Thibaut* l. l. § 41. — *Unterholzner* I. § 125. (cf. et *Mittermaier* Archiv f. civ. Pr. I. p. 442. Nr. IV.). — *Unterholzner* II. § 259.

5) Vid. supra § 319. nr. 3. § 426. not. 3.

6) L. 12. C. *ad L. Corn. de fals.* (IX, 22.) — Caeterum vid. L. 29. § 5 sqq. *ad L. Jul. de adult.* (XLVIII, 5.) — L. 7. D. *ad L. Jul. pecul.* (XLVIII, 13.) — L. 13. D. *ad Sct. Silan.* (XXIX, 5.) — *Unterholzner* I. l. l. § 14. et II. § 304—315.

7) Vid. § 160. not. 3—5.

8) Pr. I. *h. t.* — L. 35. pr. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 21. § 5. D. *de act. rer. amot.* (XXV, 2.) — Omnino cf. *Unterholzner* l. l. § 273—283.

9) Cf. § 403. not. 18—20.

10) Singulae causae vel superius suo quaeque in loco propositae sunt, velut actio de defunctorum statu (§ 183. in f.); adversus fiscum propter rerum alienationem actio, cui quadriennium praescribitur (§ ult. I. *de usucap.* et supra § 202. not. 8. d.); vel infra etiam obviae erunt, ut de peculio actio post sublatam patriam potestatem (Dig. XV, 2. *quando de pecul. act. annalis sit*); fisci jus, defunctorum bona vacantia intra quadriennium sibi vindicandi (L. 1. § 2. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — L. 1. C. *de quadr. praescript.* (VII, 37.); separationis bonorum impetrandae jus (L. 1. § 13. D. *de separat.* (XLII, 6.); aliaeque. — Vid. etiam *Thibaut* § 48. et 55. et add. L. 13. D. *h. t.* — *Unterholzner* I. § 13.

11) *Thibaut* l. l. § 45. — Cf. supra § 122. not. 11.

12) L. 8. § 4. C. *h. t.*

13) L. 6. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) (cf. § 87. not. 2.).

14) Arg. L. 5. § 6. in f. D. *de d. m. exc.* (XLIV, 4.) — Except. vid. supra § 378. — Cf. *Thibaut* l. l. § 56.

15) L. 5. § 6. D. *de doli mali et met. exc.* XLIV. — L. 5. 6. 8. C. *de except.* (VIII, 36.)

16) Vid. L. 5. 6. C. *de except.* et arg. L. 19. pr. — L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) (vid. supra § 330. not. 14. et 16.). — L. 1. § 5. Th. C. *de act. certo temp. fin.* — L. 2. C. *de annali except. Ital. contr.* — *Weber* nat. Verb. § 92. et Beitr. zu Klagen u. Einr. I. p. 7 — 13. — *Unterholzner* ausführl. Verj. L. II. § 258. (cf. *eund.* I. § 25.). — *Guyet* Arch. f. civ. Pr. XI. Nr. IV. — *Rosshirt* in Zeitschr. f. Civil. u. Crimr. T. I. p. 156 sqq. et p. 390. sqq. — A. L. Z. anni 1835. Nr. 75. col. 593 sqq. — Neque contrariae sunt L. 37. D. *de fidejuss.* similesque (v. e. L. 112. D. *de reg. jur.*) — Vid. *Weber* nat. Verb. l. l. p. 97 sqq. (ed. 4.). — *Francke* Abh. p. 74 sq. — *Unterholzner* l. l. p. 311 sqq. *eundemque* § 157. p. 22. (Vol. II.) — *Guyet* l. l. p. 73—78. — Dissent. *de Lochr* Arch. f. civ. Pr. X. Nr. II. — *Heimbach* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. Nr. XXII. — *Vermehren* ibid. II. Nr. IX. X. — *Büchel* civilr. Erörter. I. et III. p. 127 sqq. — Cf. et *Linde* Zeitschr. f. Civilr. II. Nr. V. — *Sintenis* in *v. zu Rhein* Jahrb. I. p. 249 sqq. — *de Buchholtz* jur. Abhandl. p. 390 sqq.

17) L. 2. pr. in f. D. *de aq. pluv. arc. act.* (XXXIX, 3.) (vid. supra § 122. not. 2.).

18) *Unterholzner* II. p. 314. — Dissent. *Weber* Beitr. zu Klagen u. Einr. II. p. 52—60.

19) L. 14. D. *de comp.* (vid. supra § 471. not. 5.)

CAPUT XIV.

DE UNIUS OBLIGATIONIS PLURIBUS REIS.

§ 482. *Loci constitutio.*

Fiunt unius obligationis plures rei aut ita, ut alienae obligationi aliquis accedat interveniatque, aut hoc modo, ut statim ab initio aeque principaliter ad plures spectet obligatio, quam quidem correalem obligationem prae caeteris vocare solent recentiores JCti. Ad alienam autem obligationem accessio olim dupliciter fieri poterat: aut adstipulando, unde adstipulator vocatus est, qui quidem creditoris personae velut adjungebatur [1]; aut adpromittendo, quo idem promittit is, qui debitoris obligationi accedit [2]. Et adstipulatoris officium ab usu recessit; reliqua vero ita persequemur, ut primo de adpromissionibus s. intercessionibus [3], dein de correorum obligatione dicamus.

§ 483. I) *De intercessione* (*). A) *Ejus notio et genera summa.*

Intercessio generatim dicitur conventio, qua, quod alius debet, alius in se recipit solvendum. Nec igitur intercedit, qui aut pro alio solvit vel in solutum dat [1]), aut aeris alieni solvendi causa obligationem contrahit, dummodo id non eo consilio fiat, ut alius liberetur [2]); nec qui sui ipsius commodi causa intervenit [3]), vel pro eo, quod ipse debet [4]), aut periculum rei ad alium pertinentis simpliciter recipit [5]), aut juri suo renunciat [6]). Dividere autem intercessionem solent in privativam, ut vocant, et cumulativam. Et 1) privativam quidem interpretantur, qua omnino liberatur is, ad quem proprie spectat obligatio; idque inprimis fit expromittendo [7]), ac praeterea etiam aut judicium pro reo pure accipiendo [8]), tum vero in arbitrum compromittendo [9]), aut ita, ut in alius commodum vel pro alio aliquis contrahat [10]). II) Cumulativam vero vocant, qua alius accedit tantum alienae obligationi, hoc pacto, ut, donec debitum exsolvatur, uterque sit obligatus. Quod quidem intercessionis genus quamvis modis pluribus contrahitur, quod nonnulli etiam in hoc genere statuunt inter subsidiariam

§ 482.

1) *Gaji* inst. III. § 110 — 114. § 117. § 215. 216.

2) L. 5. § 2. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—L. 43. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

3) *Brisson.* v. *intercessio* § 1.

§ 483.

(*) Inst. (III, 20. [21.]) *de fidejussoribus.*—Dig. (XLVI, 1.) et Cod. (VIII, 41.) *de fidejussoribus et mandatoribus.*

1) a) L. 4. § 1. D. (XVI. 1.)—L. 1. L. 4. in f. C. (IV, 29.) *ad Sct. Vellej.*— L. 8. § 5. D. *eod.* — b) L. 5. D. *eod.*—Neque contraria est L. 32. § 2. D. *eod.*; quippe quae mulierem proponat ex intercessione solventem.— Vid. et L. 8. § 3. *eod.* — Cf. *Glück* Pand. XIV. § 923. p. 400 sqq., inprimis vero *Cropp* in *ejusd.* et *Heise* jur. Abhandl. T. II. Nr. VI.

2) L. 32. pr. D. *eod.* (XVI, 1.)—Not. 4. et 8.

3) L. 3. L. 19. § 2. 3. D. *eod.* (XVI, 1.).

4) L. 13. pr. L. 22. L. 24. pr. L. 27. § 2. D. (XVI, 1.).—L. 2. L. 6. pr. C. *eod.* (IV, 29.).

5) L. 8. § 1. D. *eod.* (XVI, 1.) — Cf. L. 139. pr. § 1—4. D. et L. 6. § 1. 2. C. *eod.*—Vid. *Gluck* Pand. XIV. p. 442 sq.

6) L. 11. et 21. C. *eod.* (IV, 29.). — Cf. L. 8. pr. D. *eod.* (XVI, 1.).

7) L. 8. § 8. 9. D. *eod.* (cf. L. 24. pr. et § 1. *eod.* —L. 8. § 5. D. *de noval.* XLVI, 2.).—Vid. et supra § 475. not. 8.).

8) L. 10. § 1. D. *de in rem verso.* (XV. 3.) — L. 2. § 5. D. *ad Sct. Vellej.* (cf. L. 76. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 74. § 2. D. *de judic.* (V, 1.) — L. 23. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — *Keller* üb. Lit. Contest. u. Urtheil § 43. p. 350 sq.).— Caeter. vid. L. 3. D. *ad Sct. Vellej.*

9) L. 32. § 2. D. *de recept.* (IV, 8.)

10) L. 8. § 14. L. 29. pr. Dig. (XVI, 1.). — L. 4. et 19. Cod. *eod.* (IV, 29.).

intercessionem et non subsidiariam discrimen [11]), id e novissimi juris indole defendi haud posse videtur [12]).

§ 484. B) *Singulatim de cumulativae intercessionis formis.*

Intercessiones aut stipulando fiebant [1]), aut constituendo [2]), aut mandando, scil. ut alii credatur dilatiove detur [3]), aut pignore dando [4]). Et duae priores tamquam generales intercessionum contrahendarum formae vel maxime in usu erant, eaeque et vi atque effectu inter se diversissimae. At mandato quoque (quod qualificatum vocant), propria sua inerat vis, atque etiam nunc est. Necesse igitur est, ut singulae ex se prius considerentur formae, quam ea adeamus, quae de forensi intercessionum jure nobis dicenda sunt [5]). Jam vero I) stipulationum, quibus pro debitore aliquis obligatus est, tres olim erant formae: sponsio, fidepromissio, fidejussio; quae, ut verborum formulis, sic etiam vi ac potestate maximopere inter se differebant [6]). At Justinianeo jure non nisi fidejussio usu retenta est [7]), quare de reliquis non est, quod hoc in loco dicatur. Est autem haec potissimum fidejussionis natura, ut nec aliud, nec alio loco, nec quod sub conditione vel ex die debeatur, pure promitti possit [8]). Praeterea exceptiones quaedam (scil. beneficia divisionis et excussionis [9]), ut vocant) primum quidem fidejussorum causa introductae esse videntur [10]). Neque vero dubitandum, quin bis quoque, qui forma adhibita, qua proprie correi fiunt, intercesserint [11]), eadem competant beneficia [12]. II) At praetorio pacto, cui constituti debiti alieni nomen est (§ 345. nr. II.), effici potest, ut aut aliam rem, aut alio numorum genere, aut alio loco, aut pure, quod quidem ex die vel conditione debetur, solvere necesse habeat constituens [13]). Sunt igitur, qui hujusmodi intercessionem non subsidiariam esse putent (§ 482. not. 12.). At rectius contraria sententia jam e juris Justinianei praeceptis defenditur [14]), dummodo re vera id egit creditor, ut securior sit, nec aliarum tantum opportunitatum causa constitui sibi passus est [15]). Idque multo etiam minus eo, quo utimur, jure in dubium licet vocare. Nam cum ea sit juris nostri indoles, ut e formularum usu

11) Vid. *Thibaut* Pand. § 599.
12) Vid. enim § seq. not. 12. et context. Nr. II.

§ 484.

1) Caeterum nonnullis in causis velut tacite interpositae esse videntur stipulationes: L. 4. § 3. D. *de fidejuss. tutorum*. (XXVII, 7.) — Cf. et § ult. I. *h. t.*
2) L. 1. § 5. D. *de const. pec.* (XIII, 5.) — Vid. supra § 345. Nr. II.
3) L. 6. § 4. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 24. D. *h. t.* (cf. L. 2. § 4. in f. D. *ad Sct. Vell.*) — L. 71. D. *h. t.* — Vid. supra § 428. context. ad not. 11. 12. — *Gesterding* Irrth. *ret.* VI. Nr. 1. Vid. et infra not. 3.
4) L. 8. pr. D. *ad Sct. Vellej.*—L. 5. et 7. C. *eod.* (IV, 29.)
5) Cf. *Zimmerni* diatr.: « Intercession durch Mandat und Constitutum »; in *ejusd.* et *Neustetelii* Abh. Nr. X.
6) *Gaji* inst. III. § 115—127.
7) Vid. Inst. III. *de fidejussoribus.*
8) § 5. I. *h. t.*—L. 8. § 7—9. L. 42. D. *h. t.*—Cf. infra not. 13.
9) Nam quod beneficium cedendarum actionum vocant, omnibus erat commune, quicunque aliorum obligationes solvere necesse habeant. L. 27. § 3. L. 28. D. *mandati.* — *Zimmern* l. l. p. 260 sq.
10) a) *Gaji* inst. III. § 121.—§ 4. I. *h. t.*—b) L. 47. pr. D. *de J. F.* (XLIX, 14.)—L. 1. C. *de convenienl. fisci debit.* (X, 2.)—Nov. 4. c. 1.—Cf. *Gluck* Pand. XVIII. p. 3.
11) Quae hodieque forma usitatissima est.—Vid. et L. 17. § 2. D. *ad Sct. Vellej.*
12) Nov. 99. c. 1.—Vid. *Zimmern* l. l. p. 274 sq. not. 45. et infra § 492. not. 8.—*Gesterding* Ausb. III. p. 434 sqq.
13) L. 1. § 5. L. 3. in f. L. 4. L. 5. pr. L. 15. L. 19 § 1. L. 25. pr. D. *h. t.* (cf. et supra § 345. not. 15.).
14) Vid. L. ult. C. *de const. pec.* (IV, 18.) — Nov. 4. c. 1. — *Zimmern* l. l. p. 275 sqq. (Nr. III.).
15) Cf. *Weber* nat. Verb. § 121. p. 552 sq. et ibi not. 1. (ed. 4.).

minime pendeat conventionum vis, omnino non est, quo inter se discerni queant fidejussio et constitutum, quod quidem intercedendi causa fiat, nisi id dicas constitutum, cum intercedentis obligatio in non necessariis quibusdam partibus recedit a principali obligatione; quod tamen, cum minime sit necessarium in constituto, ut a debitoris obligatione recedat constituens, nullo modo ferendum esse videtur [16]). III) Ac similis est causa mandatoris [17]), praeterquam quod fortius etiam, quam reliqui intercessores, obligatur, qui suasit quodammodo, ut cum alio contraheretur [18]), tum vero ipso jure non liberat debitorem mandator, quoniam tamquam ex mandato et suo ipsius nomine solvisse videtur (§ 486. not. 21.). Quod si ab his discesseris, jam nihil obstat, quo minus ad omnes, quicunque pro aliis non tamquam expromissores intercedunt, fidejussorum nomen referamus. — Caeterum silentio non est praetereundum, Justinianeo jure magis etiam efficacem haberi fidejussionem, quae scriptis fiat, quam quae sine scriptis [19]).

§ 485. C) *De intercedentium personis, tum, quam in rem fiat intercessio.*

ntercedere pro aliis possunt, qui omnino jus habent obligationum contrahendarum, nec nominatim ab intercessionibus arcentur; quo in genere et mulieres sunt (§ 488 seq.), et milites [1]), et clerici qui quidem in publicis tantummodo causis intercedere possunt [2]). Similiter cuicunque rei, nisi quae singulari jure excipitur [3]), recte adhibetur fidejussor [4]), sive civiliter illa sive naturaliter tantum debita sit [5]), ei quoque, quae ex delicto venit, dummodo de pecunia solvenda agitur [6]), itemque futurae aeque atque ei obligationi, quae jam debetur [7]). Potest etiam pro fidejussore accipi fidejussor [8]); vocant succedaneum fidejussorem. A quo etiam differt cum indemnitatis fidejussor, ut vocant [9]), tum vero is, qui ipsi datur fidejussori [10]), qui quidem prae caeteris *Rückbürge* nominatur [11]).

§ 486. D) *Intercessionum vis.*

Intercessionis vis ex ejus, quod principaliter debetur, plerumque est aestimanda vi atque ambitu [1]). Igitur et de usuris caeterisque obligationum accessionibus fidejussor tenetur [2]), praeterquam si ita sibi cavit, ut ultra principalem

16) *Zimmern* l. l. p. 279 sqq.
17) L. 28. C. *h. t.* (cf. *Zimmern* l. l. p. 262 sq. nr. 4.). — L. 7. in f. D. *de fidejuss. tut.* (XXVII. 7.) — L. 3. C. *de pec. const.* (IV, 18.) —Nov. 4. c. 1.
18) § 6. in f. I. *de mandato.* — Vid. § 486. not. 13.
19) L. 27. C. *h. t.* (*Cujacii* obs. XIX, 34.). — L. 23. C. *eod.*

§ 485.

1) L. 8. § 1. D. *qui satisd. cog.* (II, 8.) — L. 31. C. *de loc. cond.* (IV, 65.)
2) Nov. 123. c. 6.
3) Vid. Cod. (V, 20.) *ne fidejussores dotium dentur.*
4) L. 8. § 6. D. *h. t.* — L. 68. pr. *eod.* — L. 17. § 15. D. *ad municip.* (L, 1.)
5) § 1. I. L. 16. § 3. D. *h. t.* (cf. supra § 330. not. 6. et L. 6. L. 127. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 25. D. *h. t.*; § 330. not. 19.).
6) L. 8. § 5. L. 56. § 3. L. 70. § 5. D. *h. t.*
7) L. 4. L. 6. § 2. L. 7. L. 16. § 5. D. *h. t.*
8) L. 8. § 12. L. 27. § 2. et 4. D. *h. t.*
9) *C. Thomasii* D. *de fidejussore indemnitatis* (Diss. acadd. II, 62.); (cf. § seq. not. 17. in f.).
10) L. 4. pr. D. *h. t.*
11) Caeter. de nominis vi haudquaquam inter se consentiunt scriptores. — Cf. *Wening* Civ. R. nach *Heise* Buch III. § 361. et *Thibaut* Pand. § 611.

§ 486.

1) L. 4. in f. L. 56. § 2. L. 58. pr. D. *h. t.* — L. 52. pr. D. *de adm. et per. tut.* (XXVII, 7.)—Cf. L. 5. L. 19. L. 24. C. *h. t.*
2) L. 54. pr. D. *de loc.* (XIX, 2.)— L. 24. § 1. D.

obligationem vel certam summam conveniri nequeat [3]). Praeterea et mora perpetuatur obligatio [4]). Neque vero fieri potest, ut, qui intercedat, in ampliorem summam obligetur, quam principalis debitor [5]); at de eo recte inter se conveniunt partes, ut aut minus solvatur [6]), aut alia res [7]), aut durior sit in adjunctis, velut qua locum, aut tempus, ejus, qui intercedit, obligatio [8]), itemque illud, ut levior sit [9]). Exceptionibus autem fidejussor iisdem fere utetur, ut principalis debitor [10]), praeter eas, quae aut ipsa fidejussionis vi ac potestate excluduntur [11]), aut personis cohaerent debitorum [12]); at arctioribus jus excipiendi ejus, qui mandando intercessit, finibus concluditur [13]). Praeterea propriis etiam ex sua ipsius persona exceptionibus utetur fidejussor, cum ex pacto [14]), tum ex lege [15]); quo in genere inprimis habentur tria illa juris beneficia, eorum potissimum in commodum introducta, qui cumulativo intercessionis genere alienae obligatione accesserunt: vocant excussionis s. ordinis, divisionis, cedendarum actionum exceptiones [16]). Nam cum liceret creditori, eligere, utrum vellet debitorem convenire, an fidejussorem [17]), Justinianus jus confirmavit fidejussoribus, ablegandi creditores ad debitorem principalem, qui quidem et solvendo sit, et aeque commode conveniri possit [18]). Jam vero multo ante ex epistola D. Hadriani [19]) divisionis auxilium introductum est, cujus haec est vis, ut e pluribus fidejussoribus pro rata quisque parte conveniatur, dummodo id sine creditoris incommodo fieri possit [19a]); atque similiter doli exceptio s. cedendarum actio-

de usur. (XXII, 1.) — L. 58. § 1. D. *h. t.* — L. 2. § 12. D. *de adm. rer. ad civ. pertin.* (L, 8.) — Ex his locis similibusque manifesto evincitur, et propter debitoris moram omnino teneri fidejussorem, certe in bonae fidei judiciis. Nec igitur contraria est L. 8. D. *de eo, quod certo loco.* (XIII, 4.) Nam licet et fidejussor arbitraria de eo, quod certo loco actione conveniri possit, ac judex in condemnando diversorum locorum pretia (id quod vocant: *Interesse loci*) respicere debeat, tamen, cum actio illa lo str. juris actionis locum substituatur (§ 369. in f.), damni alioquin debitoris mora dati rationem non habet. Caeterum nihil plane ad hanc quaestionem facit L. ult. *eod.*, non magis quam L. ult. D. *h. t.*—Cf. cum explicatione, quam modo dedimus, *Glückii* Pand. XIII. p. 341—351. At omnino dissent. *Vinnius* sel. jur. quaest. II, 10.

3) L. 68. § 1. D. L. 10. pr. C. *h. t.*

4) L. 49. pr. in f. L. 91. § 4. in f. D. *de V. O.* (XLV, 1.)

5) § 5. I. *h. t.* — L. 11. in f. L. 12. D. *de pec. const.* (XIII, 5.)—Cf. *Vinnius* ad § 5. I. *h. t.* nr. 2.

6) § 5. I. *h. t.* — L. 13. D. *de pec. const.* (XIII, 5.) (cf. not. 8.)

7) L. 1. § 5. D. *de pec. const.* — Secus jure rom. erat in fidejussione, quae stipulatione contrahebatur, L. 42. D. *h. t.* — § 484. not. 8.

8) L. 3. in f. L. 4. L. 5. pr. D. *de pec. const.* — Quod quidem itidem erat proprium jus constitutae pecuniae. — Vid. L. 8. § 7. D. *h. t.* — Caeterum vid. L. 19. pr. *de pec. const.*

9) L. 19. § 1. *de pec. const.*

10) L. 21. in f. L. 23. in f. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 51. pr. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 7. § 1. L. 19. D. *de except.* (XLIV, 1.) — L. 15. pr. L. 49. pr. D. *h. t.* — L. 60. D. *h. t.* (vid. supra § 330. not. 9.). — L. 95. § 3. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 9. § 3. D. *ad Sct. Maced.* (XIV, 6.) — *Weber* nat. Verb. § 115. nr. 3.

11) a) L. 16. § 3. 4. D. *h. t.* (cf. § 330. not. 5. et § 485. not. 5.). — b) Si de eo ipso, ne ad exceptionem provocaret debitor, fidejussit. — Arg. L. 95. § 3. in f. D. *de solut.* — *Weber* nat. Verb. § 113. p. 487. (ed. 4.). — Vid. et infra § 604. not. 2.

12) L. 7. pr. D. *de except.* (XLIV, 1.)

13) L. 13. pr. D. *de minor.* (IV, 4.) *verb.*: «Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire, hic enim velut adfirmator fuit et suasor, et cum minore contraheretur.» — Cf. § 484. not. 18.

14) Velut a) ex pacto de non petendo; L. 23. D. *de pact.* (II, 14.); b) ex temporis, in quod initium est intercessio, decursu, L. 27. C. *h. t.* — Cf. *Vinnius* sel. qu. II, 41. Aliam quaestionem idem tractat, eamque adversus vulgarem sententiam simpliciter negat: « num prorogatio termini solutionis liberet fidejussorem? » *ibid.* II, 42.

15) V. c. L. 7. pr. in f. D. *ad Sct. Maced.* (XIV, 6.)

16) *J. T. van Oorschot* D. de beneficiis fidejussoribus in jure civili concessis. Lugd. Bat. 1752.

17) L. 3. L. 19. L. 20. L. 23. C. *h. t.* — Secus erat in eo, quem indemnitatis fidejussorem vocant; L. 16. § 6. L. 41. pr. D. *h. t.* — L. 17. C. *eod.*

18) Nov. 4. c. 1. (cf. § 484. not. 10. b.). — *N. H. Gundling* singularia de beneficio excussionis capita (Exercit. acadd. I, 18.). — *Zimmern* l. l. p. 275—279. — [De quaestione, num debitore principali solvendo esse desinente exceptio excussionis excludatur vid. *Sell* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. III. Nr. XIII. et *Cropp* in. Arch. f. civ. Pr. T. XIII. Nr. III. — Cf. et *Jaeger* Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. V. Nr. XVI. — Cf. et infra not. 22. — E. G.]

19) Vid. *Schrader* ad § 4. I. *h. t.*

19a) § 4. I. *h. t.* — L. 10. pr. et § 1. L. 26. L. 51. § 1. et 4. L. 52. § 1. D. *h. t.* — L. 3. L. 10. § 1. L. 16. L. 28. C. *eod.* — L. 3. C. *de const. pec.* (IV, 18.) — Cf. *Zimmern* l. l. p. 267 — 274. — Cf.

num jam antiquo juri cognita erat [20]; qua quidem in re ampliore etiam mandator, quam caeteri, qui alienis obligationibus accedunt, utitur jure, scil. propter duplex obligationis ad ipsum spectantis vinculum [21]. — Caeterum lite contestata adversus debitorem non liberatur fidejussor, quemadmodum nec eo liberantur confidejussores, quod adversus unum ex his lis contestata sit [22].

§ 487. E) *Obligatio et actio inter debitorem et intercessorem.*

Qui pro alio intercessit, justis ex causis et antequam solvit agere potest adversus debitorem, scil. ut liberetur [1]. At postquam solvit, ut indemnis praestetur aut mandati, aut negotiorum gestorum actione consequi potest [2]. Eaque ei denegatur, qui aut invito vel prohibente debitore intercessit [3], aut usus non est adversus creditoris actionem exceptionibus, quas aut novit, aut juris ignorantia omisit [4]. Quodsi usus quidem est exceptione, at nihilominus aut judicis injuria aut sua ipsius culpa condemnatur, item ei denegabitur actio adversus debitorem [5].

§ 488. F) *Singulatim de mulierum intercessionibus* (*). 1) *Jus antiquius.*

SCto Vellejano mulieribus cautum est, ne ex intercessionibus earum actio adversus illas petitiove daretur [1]. Neque vero exceptione solum tueri sese potest mulier, quive ex ejus persona convenitur [2], tum etiam replica [3], verum etiam cum in rem actione repeti, tum tamquam indebitum condici potest, quod ex mulieris intercessione ab eo, qui jus ignorabat SCti, datum solutumve est [4]. Quodsi expromittendo mulier intercessit, restitutoria s. rescissoria actio in debitorem datur [5], sin contrahendo (§ 483. not. 10.), institutoria, quam vocant,

infra not. not. 22. — Vid. etiam L. *si contendat* 28. D. *h. t.*—*C. F. G. Meisteri* diatr. de falsa probatione processus provocatorii ex jure rom. (opusc. Syll. I. nr. 2.), et cf. *Gesterding* in Archiv f. civ. Praxis VII. Nr. VIII.

20) L. 17. 39. L. 41. § 1. D. *h. t.* — L. 11. et 14. C. *eod.*—L. 27. 28. D. *mandati.* (XVII, 1.)—L. 95. § 10. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

21) Cf. L. 76. D. *de solut.* et L. 28. D. *mandati.* — Cf. L. 15. D. *h. t.* — Vid. *Auctoris* Cession p. 458. nr. a.

22) L. 28. C. *h. t.*, qua quidem vetus jus sublatum est.—*Keller* üb. Lit. contest. u. Urtheil § 52. — Jure igitur defendi potest communis sententia, quam quidem impugnat *Zimmern* (l. l. p. 269.): frustra excusso vel debitore vel confidejussore creditorem ad eum posse reverti, qui beneficio vel excussionis vel divisionis usus sit. — Vid. et *de Wening* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. IV. Nr. XVII. — *de Schroeter* ibid. T. VI. p. 455 sqq. (Nr. II.) — *Appelius* Archiv f. civ. Pr. T. XVI. p. 292 sqq. (§ 3.). — Caet. cf. A. L. Z. anni 1835. Nr. 75. col. 599 sqq.

§ 487.

1) Cf. L. 38. § 1. L. 45. § 2. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. ult. D. *de contr. tut. act.* (XXVII, 4.) — L. 10. C. *mandati.* (IV, 35.)

2) § 6. I. *h. t.*—L. 4. pr. L. 25. in f. D. *eod.*—Cf. *Gaji* instit. III. § 127. in f.

3) Arg. L. 24. C. *de neg. gest.* (II, 19.)—Atque hanc potissimum in causam proficiet et cedendarum actionum beneficium (§ 486. not. 20.).

4) Cf. L. 10. § 12. L. 29. pr. et § 4. D. *mandati.* (XVII, 1.) (Archiv f. civ. Praxis II. p. 396 sq.).

5) L. 67. D. *h. t.*—Vid. not. ad h. l. in edit. Gothofredtana.

§ 488.

(*) Dig. (XVI, 1.) et Cod. (IV, 29.) *ad Sctum Vellejanum.* — *J. H. Boehmer* exerc. ad Pand. III. nr. 50. p. 351 sqq. — *J. A. Hellfeld* comment. de intercess. mulier. et Scto Vellejano (opp. min. I. nr. XIV. p. 277 sqq.). — *A. D. Weber* Beitr. zu Klagen u. Einr. I. nr. 3. p. 21 sqq.

1) Vid. L. 1. L. 2. pr. D. *h. t.*—L. 95. § 2. D. *de solut.* (XLVI, 3.)— Caeter. in privilegiatarum numero est Scti Vellejani exceptio. L. 11. D. *ad Sct. Maced.* (XIV. 6.)

2) Utile igitur auxilium est et heredibus mulieris (L. 20. C. *h. t.*), et fidejussoribus (L. 10. § 1. D. L. 14. et 15. C. *h. t.*), iisque, qui pignora pro mulieris intercessione dederint (L. 1. 2. D. *quae res pign.* XX, 3.), et mandatariis (L. 6. L. 8. § 3. 4. 6. L. 19. § 5. L. ult. § 3. D. *h. t.*). Contra eum vero, qui una cum muliere intercessit, in solidum actio datur. L. 48. pr. D. *de fidejussoribus.*

3) L. 32. § 2. D. *h. t.*

4) L. 39. § 1. L. 40. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 32. § 1. D. *h. t.* — L. 8. § 3. D. et L. 9. C. *eod.*

5) L. 8. § 2. 7. 9. D. *h. t.* — L. 8. § 11. 12. 13. L. 16. in f. L. 32. in f. D. L. 8. in f. et L. 16. C. *h. t.*

adversus eundem locum habet [6]). Fieri autem potest, ut locus non sit SCti auxilio, cum propter privilegium, tum propter ipsam intercedendi causam rationemque. Et privilegium item duplex est : aut personae, quod genus est, cum apud minorem mulier intercessit [7]); aut causae, idque locum habet in intercessionibus, quae aut pro dote constituenda fiunt [8]), aut pro libertate [9]). Atque ex altero causarum genere cessat SCtum et propter dolum mulieris [10]), et propterea, quod intercedere mulierem lateret creditorem [11]), et propter in rem versionem [12]), tum etiam confusionem [13]), et propter pretium intercessionis acceptum [14]), et propter renuntiationem rite factam [15]), denique, cum mulier perfectae aetatis biennio post primam intercessionem denuo cavit in eandem rem [16]).

§ 489. 2) *Justiniani hac in re innovationes.*

At Justinianus plurima in hisce innovavit. Primum enim constituit, ut jam ipso jure nullius essent momenti mulierum intercessiones, nisi quae publico instrumento, eoque trium testium subscriptione munito fierent, hoc pacto, ut, nisi haec observata fuerit forma, ne exceptiones quidem adversus Vellejanum SCtum admitterentur, praeterquam si pecunia accepta mulier obligationem subierit [1]); cui aliam etiam postea adjecit exceptionem, scil. renuntiationis a matre vel avia tutelam suscipientibus ante judicem factae [2]). Deinde sancivit, ut nullo modo, ne publico quidem instrumento, pro viris intercederent uxores, praeterquam si in ipsarum fleret utilitatem intercessio [3]); at hodie admittunt, ut juri huic renuntietur, dummodo jurejurando firmata sit renuntiatio [4]).

§ 490. II) *De correorum obligatione* (*). A) *Ejus et notio et conditiones necessariae.*

Correi s. plures rei (§ 526. not. 3.), ad quos quidem in solidum spectat obli-

6) L. 8. § 14. D. *h. t.* (cf. *Cujac.* obs. XVI, 27.). — L. 8. § 15. *eod.* — Cf. et L. 8. § 2. *eod.* — Vid. *Schullingii* notas ad h. l. — ed. *Smallenb.* T. III. p. 282., et *Glück* Pand. XIV. p. 463 sqq.
7) L. 12. in f. D. *de minor.* (IV, 4.)
8) L. 12. L. ult. C. *h. t.*
9) L. 24. C. *h. t.*
10) L. 2. § 3. L. 23. D. L. 5. et 18. C. *h. t.* — Sola autem mulieris scientia, se non esse obligatam, SCti auxilium non excludit; cui nec contraria est L. 30. pr. D. *h. t.* — Vid. *Weber* naturl. Verb. § 74. not. 14. — *Glück* Pand. XV. p. 2. 3. — *Heise* et *Cropp* Abh. II. Nr. X. § 9.
11) L. 4. pr. L. 6. L. 7. L. 11. 12. L. 27. pr. L. 28. § 1. D. *h. t.*
12) L. 21. pr. D. *h. t.* — L. 16. pr. *eod.*
13) L. 95. § 2. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — Cf. L. 8. § 13. D. *h. t.*
14) L. 23. pr. et § 1. C. *h. t.* — Cf. *Weber* Beitr. *etc.* 1. l. p. 24. not. 5. — *Glück* Pand. XV. p. 29. 30.
15) Cf. L. 32. § 4. D. *h. t.* et § seq. not. 2. — Diversas de hac quaestione JCtorum sententias proposuit *Glück* Pand. XV. § 925. — Cf. et *Hoepfner* Comment. § 838. not. 4. — *Heise* et *Cropp* Abh. II. Nr. X.
16) L. 22. C. *h. t.* — Nov. 61. c. 1. § 1. in f.

§ 489.

1) L. 23. C. *h. t.* — Caeterum de eo, quatenus antiquiori juri illa lege derogatum sit, minime inter se consentiunt JCti. — Vid. *Hoepfner* Comment. § 838. not. 3. et *Thibaut* Pand. § 607. nr. 1. — Cf. et *Glück* Pand. XV. § 924. in f. p. 33 sqq.
2) Nov. 118. c. 5.
3) Nov. 134. c. 8. et Auth. *si qua mulier* Cod. *h. t.* — Vid. *Thibaut* l. l. nr. 2.
4) Cf. *Hofacker* pr. jur. R. G. § 4144. nr. B. et *Glück* loc. § 487. not. 15. et supra not. 1. laudd.

§ 490.

(*) Inst. (III, 16. [17]) *de duob. reis stipulandi et promittendi.* — Dig. (XLV, 2.) *de duob. reis constituendis.* — Cod. (VIII, 40.) *de duob. reis stip. et promitt.* — *J. Ronchegalli* Tr. de duob. reis constituendi. Venet. 1558. 8. et noviss. Marp. 1622. 4. — *H. Becker* de natura et indole correalis obligationis. Rost. 1759. — *R. J. Pothier*, Traité des obligations. Nr. 258 sqq. 703. 748. — *Blondeau*, Esquisse d'un traité sur les obligations solidaires. Paris 1819. — Inprimis vero *G. J. Ribbentrop* zur Lehre von der Correalobligation. Gött. 1831.

gatio [1]), aut credendi sunt, aut debendi; seu, ut iis utamur appellationibus, quae semper fere a juris nostri auctoribus solent usurpari, aut sunt rei stipulandi, aut promittendi [2]). Unde recentiores nomina invenerunt et *activae* et *passivae correalis obligationis*. Atque utriusque duplex cogitari potest forma: altera est, cum singuli solidum aut petere possunt aut solvere necesse habent, eaque rarius occurrit forma [3]); altera, de qua fere sola hoc in loco quaeritur, cuique prae caeteris tribuunt correalis obligationis nomen, hanc habet vim, ut semel tantum solvi petive debeat, quod in obligatione est [4]). Omni autem correali obligationi eadem inesse debet et causa obligandi [5]), et praestatio [6]), et vis, scil. in his, quae necessaria sunt in illa obligatione, de qua quaeritur [7]); nam adjunctorum, velut diei et conditionis, ratio diversa potest esse [8]).

§ 491. B) *Causae, e quibus proficiscatur correalis obligatio.*

Causae, quae solidariam efficiant obligationem, hae sunt: pactum, testamentum, judicis sententia, lex [1]). Et pactum quidem olim non nisi id, quod stipulatione esset confirmatum [2]), donec obtinuit, ut omni conventione, cui quidem perfecte obligandi vis inesset, solidaria obligatio recte constitueretur [3]). Similiter testatoris arbitrio nominatim declarato correalis efficitur obligatio [4]), itemque judicis sententia, scil. ut plures esse ejusdem pecuniae reos eademque nominatos sententia non sufficiat, sed ad singulos in solidum spectare obligationem addi necesse sit [5]). Lege fiunt correi et delictorum socii [6]), et hi, qui simul gerunt tutelam [7]) aliudve munus [8]), et plures ejusdem rei fidejussores [9]), tum qui aut navi magistrum aut tabernae institorem praeposuerunt [10]). Ex ipsius autem rei natura solidaria proficiscitur obligatio, si individua est res, de qua quaeritur [11]). Quodsi pluribus promiscue res custodienda datur, vel utenda, singulorum

1) L. 11. in f. D. *h. t.* — Cf. L. 5. § ult. D. *commodati.* (XIII, 6.) — *Ribbentrop* l. l. § 21—24.

2) L. 1. D. *h. t.*

3) a) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) — b) L. 55. § 1. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) — L. 34. D. *de injur.* (XLVII, 10.) (cf. § seq. not. 5.).

4) § 1. I. *h. t.* (cf. § 493. not. 1.). — *Ribbentrop* l. l. § 3. p. 12. sqq. § 27. 28.

5) Cf. pr. I. *h. t.* — L. 12. pr. D. *h. t.* — *Bynkershoek* observ. I, 18. in f. — *v. de Water* obs. III, 9. p. 304. — L. 8. *eod.* — L. 12. § 1. *eod.* — Cf. *Ribbentrop* § 17. p. 112 sqq.

6) L. 15. D. *eod.*

7) Cf. L. 9. § 1. D. *h. t.* — L. 116. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 10. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

8) L. 7. D. *h. t.* — Cf. *Ribbentrop* § 4. p. 15. Nr. 1.

§ 491.

1) Vid. L. 25. § 10. D. *fam. erc.* (X, 2.) — *Ribbentrop* § 24. p. 231 sqq.; vid. ibid. § 23. p. 242. — At cf. A. L. Z. anni 1835. fasc. 75. col. 598. — Caeter. vid. *Ribbentrop*. § 18.

2) Cf. inscripti. titt. Inst. et Cod. hooc loc. tractantium (§ 490. not. *.)

3) L. 9. pr. D. *h. t.* — L. 13. § 9. L. 47. D. *loc. cond.* (XIX, 2.) — Caeter. cf. § 320. ad not. 5. et *Ribbentrop* § 19. p. 120 sqq.

4) L. 9. pr. D. *h. t.* — L. 8. § 1. *de leg.* I. — L. 16. *de leg.* II.

5) L. 1. C. *si plures una sententia condemn.* (VII, 55.) — L. 43. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — Caeter. vid. *Sell* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. III. p. 413 sq. (§ 27.)

6) L. 1. § 4. D. *de eo per quem fact. erit.* rel. (II, 10.) — L. 14. in f. D. *quod met. causa.* (IV, 2.) — L. 1. in f. L. 3. *de his, qui effuder. vel dejecer.* (IX, 3.) — L. 1. C. *de cond. furtiva.* (IV, 8.) — L. 11. § 2. L. 51. in f. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — L. 55. § 1. D. *de administr. tut.* (XXVI, 7.) — L. 34. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — L. 15. § 2. D. *quod vi aut clam.* (XLII, 14.) — *Ribbentrop* § 14. 15.

7) L. 38. D. *de administr. tut.* (XXVI, 7.)

8) L. 1. et 2. C. *Quo quisque ord. conven.* (XI, 35.) — Cf. § 109. or. 3.

9) § 4. I. *de fidejussoribus.*

10) a) L. 1. in f. L. 2. L. 3. L. 4. § 1. D. *de exercit. act.* (XIV, 1.) — b) L. 13. § 2. D. *de instit. act.* (XIV, 3.)

11) Cf. § 224. not. 8 sqq. et nr. 4. § 270. nr. 6. § 317. in f. § 358.

quidem in solidum est obligatio [12]), neque vero per omnia sibi sunt similes, qui hoc modo obligantur, atque rei promittendi [13]).

§ 492. C) *De correorum obligationis vi et potestate.*

Correorum jus I) credendi eo valet, ut cuivis sit solidum petendi potestas, nec, cum ita petitum est, debitor aut alteri solutionem offerendo aut singulis partem solvendo liberetur [1]). Neque vero, qui solidum petiit, reliquis partem restituere necesse habet, nisi aut societatis vinculo inter se sunt creditores conjuncti, aut pacto, vel testamento, vel judicis sententia ad partem cum reliquis communicandam obligantur [2]). Rursus II) a quovis correorum debendi solidum peti potest [3]), nec partis a caeteris repetendae jus est ei, qui totum solvit, practerquam aut ex jure cesso, aut ex pacto, aut ex lege [4]), aut ex societatis jure [5]), aut quatenus ex negotio, unde correalis obligatio profecta est, commodum aliquod ad alterum redundavit [6]). Utique vero dolo excluditur jus partis repetendae [7]). Beneficium autem divisionis, ut vocant, non est, quod denegetur correis debendi, qui quidem non delicti societate junguntur [8]), dummodo et solvendo sint reliqui, et aeque commode conveniri possint [9]). Nec vero poenam ab altero promissam, moraeque incommoda praestare vel ferre correus necesse habet [10]). Quemadmodum autem unius facto evenire potest, ut alteri poena

12) L. 5. §15. D. *commodati.* (XIII, 6.) (cf. § 168. not. 9. et 12. — *Ribbentrop* p. 231. in f. sq. — L. 1. § 43. D. *depositi.* (XVI, 3.) — Caeterum non item jus in solidum spectat ad plures, qui rem aliquam vel deposuerunt vel commodarunt, nisi ita de eo nominatim inter contrahentes convenit. L. 1. § 44. D. *depositi.* — L. 9. pr. D. *h. t.*

13) L. 5. § ult. D. *commodati* (« Quare dum *quodammodo* rei habebuntur, et si alter convenitus praestiterit, liberabit alterum, et ambobus competit furti actio. ») — Vid. *Cujac.* obs. XXVI, 26. et infra § 193. not. 5.

§ 492.

1) L. 31. § 1. D. *de novationib.* (XLVI, 2.) — L. 16. D. *h. t.* — L. 11. § 21. *de leg.* III. — Cf. L. 57. § 1. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

2) L. 62. pr. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.) (cf. et § seq. not. 9.).

3) § 1. I. *h. t.* — L. 3. § 1. D. *eod.* « — — partes autem a singulis *peti posse*, nequaquam dubium est. »

4) a) Cf. L. 30. D. *de neg. gest.* (III, 5.) et L. 1. § 13. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 2.) (*Auctor.* Cession § 44. p. 474 sq. or. 8.) — b) L. 4. in f. D. *de his qui effuder. vel dejecer.* (IX, 3.)

5) L. 3. § 3. D. *de liber. leg.* (XXXIV, 3.) — L. 71. pr. D. *de fidejussor.* (XLVI, 1.) (vid. § seq. not. 8. 10.). Atque in hanc causam multi interpretantur L. 2. C. *h. t.* v. c. *Vinnius* sel. jor. qu. I. 6. p. 59 sq. et *Rubo* not. seq. laud.

6) Arg. L. 2. C. *h. t.* — Caeterum communem sententiam, scil. semper ei, qui solidum exsolvit, nisi dolus ei objici possit, utilem negotiorum gestorum actionem competere, nuper etiam defendit *Sell* Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. III. Nr. XXI. et IV. Nr. II. — Cf. *Rubo* üb. Untheilbarkeit d. Obligationen p. 112 sq. not. ***. et *Auctoris* Cession § 44. p. 468. Nr. 2. Inprimis vero *Schroeter* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. VI. diss. XII. Nr. I. ibiq. p. 415 sqq.

7) L. 1. § 14. D. *de tut. et rat. distr.* — L. 44. § 5. D. *famil. erc.* (X, 2.) — *Sell* l. l. (III.) § 28.

8) De aliis, qui correorum loco habiti sunt, dubium non erat, quin dividendae actionis exceptio ad eos pertineret; § 4. I. *de fidejussorib.* — L. 1. § 11. et 14. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — L. 11. pr. D. *ad municip.* (L, 1.) — L. 47. D. *loc.* (XIX, 2.) — Unde probabili ratione licet, existimare, Justinianum, qui quidem de dubio jure explanando cogitaverit, divisionis beneficium, de qua lege sua (Nov. 99. c. 1.) praecepit, omnino omnibus tribuere voluisse correis debendi, nisi qui ex facto illicito obligati essent. Certe hunc sensum non respuunt verba: « Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύους ὑπευθύνους λάβοι τινὰς κ. τ. λ. (cf. L. 11. pr. D. *h. t.* et *Pufendorf* obs. II, 77.); quamvis id haud negaverim, verba, quae porro leguntur, vix de aliis esse intelligenda, nisi de iis, qui conventione facti sint correi. — Vid. et scriptores, qui ap. *Glückium* laudantur, Pand. IV. p. 526 sq. not. 85 — 88. — Quibus etiam add. *Zimmern* in *ejus* et *Neustetelli* römisch-rechtliche Untersuchungen p. 274 sq. not. 45. et inprimis *G. Asverus* Spec. ad Novellam LXXXXVIIII. Jen. 1822., qui caeteroquin tota ratione nobiscum dissentit. — *Ribbentrop* p. 116 sq. not. 18. — *de Schroeter* l. l. Nr. II. p. 438 sqq.

9) § 4. I. *de fidej.* — L. 51. § 1. D. *eod.* (XLVI, 1.) Nov. 99. c. 1. pr.

10) a) Arg. L. 34. pr. D. *de recept.* (not. seq.) — b) L. 32. § 4. D. *de usur.* (XXII, 1.) — L. 173. D. *de reg. jur.*

committatur, certe si socii sint correi [11]): sic etiam eo, quod propter alterius factam praestari nequit res, quae proprie est in obligatione, alter minime liberatur [12]).

§ 493. D) *Quomodo correorum jus vel obligatio exstinguatur.*

Plerumque perimitur correalis obligatio solutione uni ab uno facta [1]), itemque acceptilatione [2]), novatione [3]), jurejurando [4]), litis contestatione [5]), re judicata. Causae vero exstinguendorum jurium, quae non ad rem ipsam spectant, sed ad personam tantum unius et alterius ex correorum numero [6]), reliquis fere nec nocent nec prosunt, ut capitis deminutio [7]), ut confusio [8]), ut compensandi jus [9]), ut pactum de non petendo. Pactum de non petendo ab uno correorum debendi initum, idque in rem conceptum, hanc habet vim, ut etiam reliquis exceptio detur, dummodo eos quoque liberari paciscentis intersit [10]); contra vero illud, quod a credendi correo initur, licet et in rem concipiatur, et societatis vinculo inter se sint juncti correi, reliquis non nocet [11]).

CAPUT XV.

DE SUCCESSIONE IN ALIORUM OBLIGATIONES, ET MAXIME IN CREDITORIS LOCUM.

§ 494. *Negotiorum, quibus nomina transferuntur, adumbratio, et singulatim* I) *de delegationibus.*

In aliorum obligationes aut per universitatem succeditur (de quo in hereditarii juris disciplina opportunior erit dicendi locus), aut singulari titulo. Et quoniam suapte natura nominum non ita fieri potest alienatio, quam caetera-

11) L. 34. D. *de recept.* — Vid. Basilic. T. I. p. 255. in f. — *G. L. Hübel* Reus stipulandi num paciscendo et novando correo noceat? (Lips. 1822.) Cap. II. § 3 — 5. — *W. T. Kraut* de argentariis et nummul. (Goett. 1826.) p. 52 sq. — Cf. L. 2. § 5. D. *de V. O.* (XLV, 1.) et supra § 358. not. 6.

12) L. 18. D. *h. t.*

§ 493.

1) § 1. in f. I. *h. t.* — L. 3. in f. D. *eod.* — L. 8. § 1. *de leg.* I. — Quemadmodum autem privatorum arbitrio constitui potest, ut ejusdem rei aut petitio aut solutio ad omnes et singulos pertineat (L. un. § 11. C. *de cad. toll.*, cf. § 490. not. 3. a.): ita etiam ex legum praecepto, qui ad poenam praestandam obligantur ex vero delicto, singuli solidum solvere necesse habent. Vid. § 490. not. 3. b. et § 491. not. 5.

2) L. 2. D. *h. t.* — L. 13. § 12. L. 16. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.) — *Ribbentrop* § 28.

3) L. 31. § 1. D. *de novat.* (XLVI, 2.) — Contraria esse videtur L. 27. pr. D. *de pact.* (II, 14.) (not. 11.). — Sed. vid. Uebersetzung d. Tit. de pact. (Frcf. 1785.) p. 52. 53. not. c. — *Hübel* l. l. c. III. et *Kraut* l. l. c. V. p. 42 sqq.

4) L. 26. in f. L. 27. L. 28. pr. D. *de jurejur.* (XII, 2.) — Cf. *Ribbentrop* p. 26. et A. L. Z. anni 1835. fasc. 75. col. 597.

5) a) L. 57. § 1. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — b) L. 2. D. *h. t.* — L. 51. § 4. D. *de evict.* (XXI, 2.) — L. 31. § 1. D. *de novat.* — Caet. vid. L. 28. C. *de fidej.* et *Ribbentrop* § 8. et supra § 486. not. 22.

6) Omnino cf. *Keller* üb. Lit. Cont. u. Urtheil § 52. p. 448 sqq. et *Ribbentrop* § 5.

7) L. ult. D. *h. t.*

8) L. 71. pr. D. *de fidejussorib.* (XLVI, 1.) («— — cum altero reo vel in solidum, *si non fuerit societas*, vel in partem, *si socii fuerunt*, posse creditorem agere.»)

9) At vero itidem excipiuntur socii, L. 10. D. *h. t.*

10) L. 23. in f. D. *de pact.* — Vel maxime autem propter partis resarciendae obligationem, quae nonnumquem ad correos pertineat (§ 492. not. 4— 6.), alterum liberari alterius interesse potuit. — Caeterum fuere inter veteres JCtos, qui pacto de non petendo ab altero inito vim alterius quoque liberandi non tribuerunt. Vid. L. 3. § 3. D. *de liber. leg.* (XXXIV, 3.) — Cf. L. 5. pr. et § 1. *eod.*

11) L. 27. pr. D. *de pact.* — Vid. § 492. not. 11. et cf. Uebers. d. Tit. de pact. p. 47 sqq. — *Hübel* l. l. c. II. maxime § 6 sqq. — *Kraut* l. l. Novissime etiam de hujus et antecedentia notae argumento scripsit *Guyet* Abh. XI.

rum rerum[1]) obtinuit, ut novatione facta ab alio ad alium transferrentur[2]), i. e. aut delegatione (§ 485.) aut litis contestatione (§ seq.). Est vero haec potissimum vis: *primum*, ut facta delegatione periculo sit delegatarii nomen[3]), nisi aut in se illud delegans recepit[4]), aut antequam existat conditio delegandi, solvendo esse desierit debitor[5]), aut dolo aliquid ea in re egit delegans. *Deinde*, ut, quae inter delegatarium et delegatum exoritur nova obligatio, nulla ferre in re ex pristina causa dijudicanda adeoque nec exceptionibus actio excludenda sit talibus, quae a delegantis persona petantur[6]), praeterquam his in causis: 1) si sciens aliquis actionem, quae aut numquam exstitit, aut doli exceptione potest removeri, sibi passus est delegari[7]); 2) si is, qui debitor falso existimabatur, aut ei spopondit, cui donare volebat delegans, aut ei, quem creditorem delegans putabat, cum non esset[8]).

§ 495. II) *De nominum cessione* (*). A) *Ejus origo.*

Litis contestatione ita nomina transferri solita sunt, ut procurator nominis exigendi constitueretur is, qui acquireret, quo facto post litis contestationem hujusque similem denuntiationem[1]), eo quidem novationis genere, quod proprie non tollit obligationem[2]), actio translata est in procuratorem, qui quidem in rem suam procurator appellari consuevit[3]). Atque haec est nominum transferendorum forma, quae, cum etiam invito debitore fieri possit[4]), prae caeteris vocatur *cessio actionum s. nominum*[5]). De qua jam accuratius videamus.

§ 496. B) *Cessionis notio.*

Cessio igitur est, qua nomen alienum alicui in suam ipsius utilitatem persequendum demandatur transferturque[1]). Facili igitur negotio discernere licet

§ 494.

1) *Gaji* instit. II. § 38. — *Auctoris* Cession § 1—3. — Cf. *Gaji* inst. II, 35. et *Ulpiani* Fr. XIX. § 12—14.

2) *Gaji* inst. II, 38. 39. — Vat. Fr. § 260. 263. — L. 2. C. *de O. et A.* (IV, 10.) — *Auctoris* Cession § 4.

3) L. 26. § 1. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 68. § 1. D. *de evict.* (XXI, 2.) — L. 35. L. 71. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.)

4) L. 22. § 2. L. 45. § 7. D. *mandati.*

5) L. 41. § 3. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.)

6) L. 41. pr. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 4. § 20. 21. D. *de doli mali exc.* (XLIV, 4.) (Cf. *Auctoris* Cession § 13. p. 125. not. 253. — L. 19. L. 33. D. *h. t.* — L. 12. L. 13. *eod.* — L. 78. § 5. D. *de jure dotis.* — Cf. et L. 5. § 5. *de doli m. exc.* « — — condictione tenetur, — qui delegavit, ut vel liberet debitorem, vel si solvit, ut pecunia ei reddatur.»

7) L. 4. § 19. D. *de doli mali except.* (XLIV, 4.) — Cf. § 164. in f.

8) L. 7. pr. et § 1. D. *de doli mali except.*

§ 495.

(*) Dig. (XVIII, 4.) et Cod. (IV, 39.) *de* (heredi-tate vel) *actione vendita.* — *J. a. Sande* comm. de action. cessione. Franeq. 1623. — *Alph. de Olea* Tr. de cessione jurium et action. Genev. 1681. (ed. VII.) fol. *R. J. Pothier*, traité de la vente. — partie 6. cap. 3. et 4. (in opp. ed. *Dupin* T. II. p. 230.) — *Auctoris* Lehre v. d. Gess. d. Forderungsrechte. Nach d. Grunds. d. R. R. Greifsw. 1817. (ed. II. ibid. 1826. ed. III. ibid. 1836.) — [Cod. Nap. 1689—1701. — *Merlin* répertoire *voce* transport.]

1) L. 13. C. *de novat et deleg.* (VIII, 42.) — L. 20. § 6. *verb.*: «Petitam autem fisco *ret.* D. *de her. pet.* (V, 3.)

2) L. 29. D. *de novat. et delegat.* (XLVI, 2.) (vid. supra § 474. not. 5. et 8.).

3) *Auct.* Cession § 4. in f. — Cf. ejusd. libri § 6—8.

4) L. 1. C. *de novat.* «Delegatio — nisi consentiente et stipulanti promittente debitore jure perfici non potest. *Nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.*» — Cf. L. 3. C. *h. t.*

5) Cf. *Auctoris* Cession § 17. 18.

§ 496.

1) *Auctoris* Cession § 18. 19.

cessionem, cum a delegatione, tum ab assignatione. Nam delegatione non nisi consentiente jus transfertur, prorsus conversa veteris nominis natura (§ 485.) [1a]; cessio et invito fit debitore (§ 495. not. 4.), atque ita, ut pristinam vim etiam retineat nomen (§ 500.). Contra vero assignatio, ut vocant, in solius mandati finibus versatur, quo quidem id agitur, ut ab assignantis debitore pecuniam exigat mandatarius, unde ipse sibi sumat vel satisfaciat [2]; qui, si frustra petiit, ad eum redibit, qui pecuniam mandavit exigendam [3]. Major quidem apparet cessionis similitudo cum heredum nec non debitoris obaerati creditorum jure [4]; quae tamen jura, quantopere cum inter se differant, tum a simplici cessionum jure, peculiarem ipsorum naturam probe perpendenti atque indolem, haud erit difficile judicatu [5]. Denique cum actionum cessione commiscenda non est sublocatio, quam vocant, non magis quam substitutio a mandatario facta; siquidem utroque negotiorum genere nihil juris in alium transfertur adversus ipsum, quocum res est vel conductori primo, vel mandatario [6].

§ 497. C) *De nominibus, quae subjiciantur cessioni.*

Recte ceduntur nomina, non modo ea, quae petitionibus, verum etiam quae exceptionibus tantum continentur [1], haec quoque, de quibus ambigitur, an umquam sint exstitura, vel qualem habitura sint exitum [2]. Praeterea non solum in personam actiones cedi possunt, verum et in rem [3]. Neque causa, unde descendit nomen, per se quidem impedimento est, quo minus cedi illud possit, dummodo alioquin nihil officiat cessioni. Igitur cessione transferuntur nomina et quae ex delictis nascuntur [4], et ea, quorum quidem causa ita cedenti cohaeret, ut ipsa ad alios nequeat transferri [5]. Sunt tamen nomina, quae non patiantur cessionem; de quibus regulam tradere solebant hanc: quae non sint ad heredes transmissibilia, ea nec per cessionem transire [6]. Quae cum falsissima sit [7], alia in hacce explicanda quaestione nobis ingredienda erit via. Jam vero ratio cessionem impediens aut in ipso inest nomine eique cohaeret, aut in personis, aut

1a) *Auctoris* Cession § 18. Nr. 1. p. 228 sq.

2) Cf. L. 34. pr. D. *mandati.* (XVII, 1.) (*verb.: « Item* quod si a debitore » *rel.*).—L. 106. et L. 108. D. *de solutionib.* (XLVI, 3.) — *H. de Cocceji* de assignationib. (in ejusd. Exercit. Vol. II. Nr. 33.). — *J. C. Richelmann* D. de assignationib. mercatorum. Gryph. 1805.—*Auctoris* Cession § 18. nr 2. p. 225 sqq.

3) Unde proverbium nascitur: Anweisung ist keine Bezahlung. *Cocceji* l. l. § 25. — *Richelmann* l. l. § 6. — Cf. inprimis *Cropp* in *ejd.* et *Heise* jur. Abhandl. T. II. Nr. XIII.

4) Nam utraque ex causa, qui in alius jus successit, alienum nomen in suam ipsius utilitatem persequitur, ex quo fere eadem sponte efficiuntur, quae cessionibus simpliciter factis.

5) *Auctoris* Cession § 18. nr. 3. et 4. p. 229 sqq.

6) L. 58. pr. *loc.* (XIX, 2.) — *Auctoris* Cession § 27. p. 309—321.

§ 497.

1) Arg. L. 40. pr. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.)— L. 17. D. *h. t.* — L. 40. § 3. D. *de cond. et dem.* (XXXV, 1.)—*Auctoris* Cession p. 252 sqq. Nr. III.

2) V. e. L. 3. C. *de donat.* (VIII, 54.) — L. 5. D. *h. t.*—*Auctoris* Cession § 24.

3) L. 9. C. *h. t.* (L. 35. § 4. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 21. L. 63. D. *de R. V.* (VI, 1.). — Cf. L. 8. C. *h. t.* — *Auctoris* Cession p. 246 sqq. Nr. II.

4) L. 12. D. *de V. S.*—L. 7. § 1. D. commodati. (XIII, 6.) — L. 14. pr. D. *de furtis.* (XLVII, 2.) — L. 38. § 1. D. *de solut.* (XLVI, 3.)— Neque contraria est L. 18. D. *de vi.* (XLIII, 16.)—Vid. *Auctoris* Cession § 25. p. 278 sqq.

5) V. e. L. 6. D. *de in int. rest.* (IV, 1.) — L. 24. D. *de minorib.*—Cf. *Auctoris* Cession § 25. nr. 2. p. 280. (in f.) sqq.

6) Vid. v. e. *Bartolus* ad L. 42. (43.) D. *de adm. tut.* Nr. 1. et *Jo. Brunnemann* de cessione action. et versur. (Frcf. 1662.) c. IV. Nr. 21 sqq.

7) Cf. *H. Cocceji* de cessione eorum, quae ad heredes non transeunt, et contra (in Disp. Vol. II. Nr. 65.). — *Auct.* Cession § 23. — Exempli loco sint litigiosae actiones, quae quidem ad heredes transeunt, at cedi nequeunt; contra vero spes actionis, cujus quidem cessio fieri potest, transmissio ad heredes non potest.

in adventitia quadam ratione. Atque I) in priori genere triplicem ob causam impeditur, quo minus fiat cessio: aut enim in eorum non sunt actiones jurium numero, quae ad rem familiarem spectant, aut cum persona sunt cohaerentes petitoris, aut in alius causae tamquam sunt accessoriis. Cedi igitur nequeunt actiones, 1) quae aut suapte natura aut ex civili ratione non ad patrimonium sunt referendae hominum, ut populares actiones [8]), ut hae, quas vindictam spirantes solent vocare [9]); quae quidem omnes post litem contestatam ad successores transeunt [10]). 2) Cum persona nonnumquam cohaerent, et quae pertinent ad rem familiarem, aliae quidem ex lege [11]), aliae ex pacto vel ex testamento, aliae propter ipsius obligationis naturam; quo in genere sunt cum eae, quarum usus pendet ex certa personae qualitate, eaque tali, quae ad alios nequit transferri [12]), tum vero, quae mutuo quodam continentur inter creditorem atque debitorem vinculo, hoc pacto, ut, cum alter jure suo alii cedit, simul etiam de sua ipsius obligatione videatur statuisse [13]). 3) Tamquam alius juris accessiones per se quidem solae nequeunt cedi servitutum actiones, tum etiam, quae adversus fidejussorem vel pignoris persequendi causa comparatae sunt [14]). II) Ex personis, tum ex adventitia causa, (nam utrumque genus una complectendum est), hae potissimum [15]) vetitae sunt cessiones: 1) quae in potentiorem [16]) fiunt non eo consilio, ut jus ad alium transferatur, sed ut debitori noceatur [17]); 2) quae tutoribus fiunt vel curatoribus, scil. adversus eos, qui ipsorum subjiciuntur tutelae vel curae [18]); praeterea 3) Judaei prohibentur, ne actiones adversus Christianos ipsis competentes ad Christianum transferant [19]); denique 4) litigiosarum actionum cessiones impediuntur [20]).

§ 498. D) *Cessionum et causa et ratio modusque.*

Causa cessionis vel voluntaria est vel necessaria, i. e. quae ex juris necessitate proficiscitur, velut ab eo, qui aliena gerens negotia acquisivit actiones [1]), vel qui ejus rei nomine, quam alii debet, actiones habet quaesitas [2]); tum etiam, qui aut rei amissae vel deperditae causa agit, aut ab alio quam a debitore sibi

8) L. 5. L. 7. pr. D. *de popul. act.* (XLVII, 23.)

9) Vid. v. c. L. 28. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — *Auctoris* Cession § 26. A. p. 283 sqq.

10) L. 12. pr. D. *de V. S.* — Cf. § 144. not. 12. et infra not. 20.

11) Velut hae, quibus de alimentis praestandis quaeritur; arg. L. 8. pr. D. *de transact.* (II, 15.), et L. 10. pr. D. *de usu et hab.* (VII, 8.)

12) *Auctoris* Cession § 27. B. p. 323 sqq. Nr. 2.

13) Cf. *Auctoris* Cession § 27. Nr. A. p. 309 sqq. — *Thibaut* Pand. § 77. (§ 532. ed. 8.)

14) *Auctoris* Cessioo § 28. (cf. § 317. not. 6.).

15) Nam vid. et L. 7. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)

16) Cf. *Cujac.* in paratit. Cod. *ne liceat potentiorib.* rel. — *Sande* l. l. c. IV. § 8. — *Brunnemann* l. l. II. nr. 22 sqq. — *J. S. Stryck* de potentiore cessionario (Hal. 1706.) c. IV.

17) L. 2. C. *ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare, vel actiones in se transferre.* (II, 14.) (cf. et L. 1. *cod.* et L. ult. D. *de alien. jud. mut. c. f.* (IV, 7.). — Vid. *Auctoris* Cession § 30. et cf. *Gesterding* Irrthümer etc. XII, 2. — Caeterum nomen, quod contra legis prohibitionem transfertur, fisco cedit. — Vid. rationes ab *Auctore* allatas § 30. p. 377 sqq.

18) Nov. 72. c. 5.

19) R. J. de 1551. § 79. et O. P. J. de 1577. tit. 20. § 4. — Cf. *Gluck* Pand. XVI. § 1021. Nr. III. et *Auctoris* Cession § 34.

20) L. 2—4. C. *de litigios.* (VIII, 37.) — *Auctoris* Cession § 31.

§ 498.

1) V. c. L. 8. in f. L. 43. L. 45. pr. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 13. pr. D. *de pigner. act.* (XIII, 7.) — *Auctoris* Cession § 37. Nr. I. p. 405 sqq.

2) L. 20. § 17. L. 40. § 2. D. *de her. pet.* (V. 3.) — L. 16. *depos.* (XVI, 3) — L. 1. pr. L. 13. § 12. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 38. D. *de evict.* (XXI, 2.) — Cf. *Auct.* Cession § 37. Nr. III. p. 406 sqq.

satisfieri jure petit, quippe qui plerumque actiones, si quas vel propter rem habent, vel adversus debitorem, praestare teneatur adversario [3]). Quemadmodum autem is, qui non nisi per exceptionem actionum cessionem poscit, plerumque et antequam ipse actori satisfaciat praestari sibi actiones curare debet [4]), nec omnino petere ab eo quidquam potest, qui nullo jure ei obligatus est si forte actiones perierunt, praeterquam si dolo factum est actoris, quo minus amplius exerceri queant actiones [5]) : sic contra fieri potest, ut, qui alli obligatus est, actiones praestando liberetur [6]). Quod autem rationem attinet ac modum cedendarum actionum, ld primum omnium tenendum est, ut, licet et pluribus et pro parte fieri possit cessio [7]), illud tamen jus, cujus debeatur cessio, integrum sit cessionario praestandum atque plena, quae illi insit, vi ac potestate [8]). Ipsa vero juris translatio aut lege fit [9]), aut judicis sententia [10]), aut peculiari negotio, inter cedentem celebrando ac cessionarium. Et lege quidem citra omnem transferendi actum, simulatque causa adest translationis, nomen transit ad eum, cui jus est quaerendi nominis, scil. utilibus actionibus [11]), quas lex nonnullis tribuit, velut his, quorum in negotiis aliquis quaesivit actiones [12]), tum fisco et civitatibus, quibus quidem et sine cessione jus est debitores conveniendi debitorum [13]), praeterea his, quibus principales cessae sunt actiones, quippe in quos etiam accessoriae ipso jure transcant [14]), aliisque quibusdam, quos in singulis argumentorum locis explicandis commemorare sufficiat [15]). Quoniam vero negotio olim non nisi ex mandato actionum fiebant cessiones, unde effectum est, ut directis ex cedentium personis uterentur actionibus in *rem suam procuratores* [16]), postea utique invaluere utiles actiones, non solum explentes mandati vim, arctissimis circumscriptam limitibus [16a]), verum etiam idem supplentes, si quidem nullum intervenisset mandatum (not. 11.). Ex quo jus obtinuit, ut quovis negotio, rite perfecto [17]), eoque tali, quo res alienantur [18]), transferrentur actiones [19]).

3) a) L. 6. § 4. D. *nautae, caupones* rel. (IV, 9.) — L. 63. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 25. in f. *loc. cond.* (XIX, 2.) — L. 12. D. *de re jud.* (XLII, 1.) (Cui contraria non est L. 69. D. *de rei vind.* — Cf. *Auctoris* Cession § 37. p. 4 sq.) — L. 53. § 3. D. *de furtis.* (XLVII, 2.) — b) L. 17. L. 39. L. 41. § 1. D. *de fidejussorib.* (XLVI, 1.) — L. 95. § 10. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 47. D. *loc. cond.* (XIX, 2.) — L. 2. C. *de divid. tut.* (V, 52.) (*Auctoris* Cession § 37. Nr. V. p. 412 sqq. — L. 3. § 1. D. *de tribut. act.* (XIV, 4.)

4) L. 76. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 21. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — L. 1. C. *de contr. jud. tut.* (V, 58.) — Cf. L. 36. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.) et *Auct.* Cessioo § 39. Nr. III. p. 445. in f.

5) *Auctoris* Cessioo § 39. Nr. I. p. 35 sqq.

6) a) L. 8. § 10. in f. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 75. § 2. D. *de leg.* I. — b) L. 1. § 16. D. *si quadrup. pauper. fec. dic.* (IX, 1.) — L. 25. § 4. D. *de aedil. ed.* (XXI, 1.) — L. 21. D. *h. t.* — L. 49. pr. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) — Cf. *Auct.* Cession § 38.

7) Arg. L. 5. § 7. in f. D. *jud. solvi.* (XLVI, 7.) (« — Aliud est in heredibus actoris, quibus necessitas non imponitur ut per unum litigent. » — Actori igitur licet, quod non licet reo. — Cf. et L. 27. § 8. D. *de pecul.* (XV, 1)

8) L. 24. pr. D. *de minorib.* (IV, 4.) — L. 14. pr. D. *h. t.* — (*Auctoris* Cession § 37. Nr. VI. p. 418 sqq.) — L. 6. L. 23. D. *eod.*

9) Vocant etiam legis cessionem, contrario opposito nomine cessionis hominis. *Olea* l. l. Tit. I. Qu. 3. Nr. I sqq.

10) L. 15. § 8 sqq. D. *de re jud.* (XLII, 1.)

11) Cf. *Sande* l. l. c. VIII. et *Auctoris* Cession § 16. 17. § 43—45.

12) L. 68. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 13. § 25. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — Vid. supra § 131.

13) L. 3. § 8. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.) — L. 1. et 2. C. *de conveniend. fisci debitorib.* (X, 2.) — L. 2. C. *de debitor. civit.* (XI, 32.)

14) L. 7. C. *de O. et A.* (IV, 10.) — L. 14. C. *de fidejuss.* (VIII, 41.)

15) Vid. v. e. § 324. et infra doctrinam juris hereditarii. — Vid. et *Auctoris* Cessioo § 44. 45. p. 470 sqq.

16) *Auctoris* Cession § 4 — 8. et supra § 495.

16a) *Auctoris* Cessioo p. 178 ibiq. inprimis not. 346.

17) Cf. L. 57. § 1. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) et *Auctoris* Cession § 41. et 42. p. 456.

18) Vid. ejusd. libri § 36. nr. 1. (p. 401.) et § 47. in f. p. 497 sqq.

19) *Auctoris* Cession § 15. p. 199 sqq. § 40. et 41.

§ 499. E) *Quaenam cessionis sit vis ac potestas*, 1) *circa juris rationem, quae inter cedentem obtinet atque cessionarium.*

Obligatur cedens, ut quidquid vel actioni persequendae inserviat, vel ad ipsum eo nomine pervenerit, praestet cessionario [1]). At plerumque veritatem tantummodo nominis praestare necesse habet, non etiam solvendo esse debitorem [2]), praeterquam si dolo quid ea in re cedens admisit [3]), si periculum nominis pacto in se recepit [4]), tum etiam propter eam, quae ipsi inest cessionis causae, vim ac potestatem, velut cum nomina in dotem sunt data [5]). Quodsi nihil est in obligatione, nisi ut actionibus cedatur, nec quicquam praeterea peti potest a cedente, tum ne id quidem, verum esse nomen, praestare tenetur cedens [6]).

§ 500. 2) *Qua ad ipsum spectat debitorem nominisque cessi jus* (*).

Potest et cessione facta cedens persequi nomen [1]), donec certior ea de re debitor factus est [2]), idque per cessionarium, vel ejus jussu [3]). Ad cessionarium autem jus transfertur hac quidem vi [4]): I) Transit nomen una cum juribus ei, quamvis singulari jure, adbaerentibus [5]), nec nominatim ac peculiari quadam ratione exceptis [6]). Quae vero cum ipso nomine haud sunt conjuncta jura ea, etsi ipsi creditori jus suum persequenti prodesse possint, non transeunt ad cessionarium [7]). Contra suis ipsius privilegiis, quatenus quidem ad cessi juris vim ac potestatem pertinent, uti plerumque prohibetur cessionarius [8]); nam quae ad litigandi modum ac rationem spectant privilegia, his utique prosunt, qui jus aliquod suo nomine in judicio persequuntur [9]). II) Exceptiones, quibus utatur debitor adversus cessionarium, aut ex ipsa descendunt cessi nominis causa, aut ex personis vel cedentis, vel cessionarii, vel debitoris. Et quae in priore genere

§ 499.

1) Cf. § 498. not. 8. et *Auctoris* Cession § 63.

2) L. 4. et 5. D. *h. t.* — L. 74. § 3. D. *de evict.* (XXI, 2.) — L. 30. D. *de pignor.* (XX, 1.) — *J. D. Wordenhoff* D. de cedente ad cessi nominis bonitatem praestandam non obligato (in *Oelr.* thes. novo diss. academ. belgic. habitar. Vol. I. nr. V.). — *A. D. Weber* Beitr. zu d. Lehre v. Kl. u. Einr. I. Nr. 3. — *Auctoris* Cession § 64.

3) Arg. L. 74. § 3. D. *de evict.* (XXI, 2.) — Cf. *Auctoris* Cession § 64. Nr. I, 1. — Cf. ibid. nr. 2.

4) L. 4. in f. D. *h. t.* — *Auctoris* Cession § 64. p. 629. nr. 3.

5) Cf. *Auctoris* Cession § 64. II. p. 630 sq. — Neque vero idem est dicendum de nominibus in solutum datis. — Cf. L. 96. § 2. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — Dissent. *Wordenhoff* l. l. p. 331.

6) Arg. L. 31. pr. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.) — L. 18. § 3. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — Cf. *Auctoris* Cession l. l. p. 630 sqq.

§ 500.

(*) Cf. *Auctoris* epist. de jure ejus, cui actionibus cessit creditor. Rost. 1813.

1) L. 3. C. *mandati.* (IV, 35.) et not. seq. (Caeter. vid. L. 27. § 1. in f. D. *de proc.* (III, 3.) et *Auct.* Cession p. 59 sq. § 51. nr. 1.) — Cf. a) L. 23. § 1. D. *h. t.* (§ 499. not. 2.). — b) L. 55. D. *de proc.*

2) L. 4. C. *quae res pign. obl.* (VIII, 17.) — L. 3. C. *de novat. et deleg.* (VIII, 42.)

3) Cf. *Auctoris* Cession § 47.

4) Jam haud ita multo abhinc tempore JCti, tantum non omnes, cessionum vim ex mandatarum si directarum et utilium actionum discrimine dijudicare consueverant. Quem ut refellerem errorem, quantum potui annisus sum cum in epistola (c. l.), tum vero maxime in libro: Cession d. Ford. R. § 16. et 17. et passim.

5) L. 2. pr. L. 6. L. 23. D. *h. t.* — L. 5. et 8. C. *eod.* — Cf. *Auctoris* Cession § 56. — Cf. et ibi § 54. et epist. c. II. § 1.

7) L. 42. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) (cf. supra § 81 in f. et ibi not. 6. 7.).

7) Cf. *Auct.* Epist. c. III. § 10. 11. et Cession § 57. (p. 552 sqq.).

8) L. 38. D. *de min.* (IV, 4.) — Excipitur fiscus; L. 6. D. *de J. F.* (XLIX. 14.) — L. 43. D. *de usuris.* (XXII, 1.) — *Auctoris* Cession § 58. p. 581 sqq. et inprimis ib. not. 122.

9) *Auctoris* Epist. c. III. § 13.

sunt, utique omnes prodernnt debitori [10]); quae vero ex cedentis persona oriuntur exceptiones, nisi id intendat reus: jam eo tempore, quo solvi potuerit cedenti, solutione, compensatione, aliisve obligationum tollendarum formis, exstinctum esse nomen [11]), non competunt debitori [12]). Ex cessionarii persona doli quidem exceptione omnimodo utetur [13]), ex reliquis autem tum his, quae aut ipso jure tollunt obligationem, aut quarum nata est causa, postquam certiorem fecit debitorem cessionarius de nomine sibi translato [14]), tum vero illis, quae semper agentibus obstant, quarum in numero etiam est, quam legitimationis ad causam recentiores appellare consueverunt exceptionem [15]). Ex sua ipsius persona eas debitor objicit exceptiones, quae ex jure simpliciter sibi concesso proficiscuntur, nec certae cohaerent obligationi, velut moratorii, quam vocant, exceptionem; at quae mutua quadam litigantium inter se personarum conjunctione ac ratione continentur exceptiones, velut beneficii competentiae, ut vocant, eae, nisi illa adsit ratio, frustra ad excludendum cessionarium opponuntur a debitore [16]). III) Replicis ex cedentis persona cessionarius utetur his, quae cum exceptionum, ab eodem petitarum, causa cohaerent, etsi illae singulari jure introductae sunt [17]); ex ipsius vero persona cum iis, quae ad exceptionum ab ipso petitarum causam spectant, tum vero, quibus adversus quemvis uti potest adversarium [18]). Quaemadmodum autem pati exceptiones necesse non habet cessionarius, quae ad causam in judicium deductam minime referendae sunt: sic etiam cogi nequit, ut ad reconventionem respondeat, cujus quidem causa ad ipsum pertineat cedentem [19]). IV) Est quaedam propria vis cessionibus, ex causa, quae ipsis subest, nonnumquam accommodanda [20]), his vel maxime, quae ex emtionis causa descendunt, siquidem ex constitutione quadam Anastasii [21]) nominum emtores [22]), qui quidem minoris emerunt, quam quanti res est, plerumque non amplius, quam ipsi dederunt, repetere possunt a debitore [23]): vocant exceptionem legis Anastasianae [24]).

10) L. 4. § 17. D. *de d. m. et met. exc.* (XLIV, 4.) (cf. *Auctor* Cession § 13. p. 123 sqq. § 60. p. 594 sqq.) — Vid. et not. seq.

11) V. c. L. ult. D. *de transact.* (II, 15.) — L. 70. § 2. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) — Cf. *Auctoris* Cession § 60. p. 569 sqq.

12) Velut fori exceptiones, tum etiam moratorii, itemque pacti in personam concepti (L. 28. § 2. L. 57. § 1. D. *de pact.* II, 14. — Cf. Cession p. 559. Nr. 6.) — Et doli exceptione uti potest. — *Francke* Archiv f. civ. Pr. T. XVI. Nr. XV. — Cf. *Auctoris* Cession p. 590—596. et supra § 164. in f.

13) L. 4. § 18. 19. D. *de d. m. et m. exc.* (XLIV, 4.)

14) Cf. *Auctoris* Cession § 61. nr. 1.

15) Cf. *Gensler* Arch. f. civil. Praxis II. Nr. 1. et *Auctoris* Cession § 61. nr. 2.

16) Cf. *Auctoris* Epist. c. IV. § 6. et Cession § 61. in f. p. 579 sq.

17) Velut privilegium, quod fisco concessum est, ne promiscue adversus eum compensatione utantur debitores (L. 46. § 4. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — L. 1. C. *de comp.* (IV, 31.).

18) Velut si eo privilegio utatur cessionarius, ut etiam debitores apud eum judicem, cui ipse subjicitur, respondere cogi possint (cf. L. 2. et 5. C. *ubi causae fisc. ag.* III, 26.).

19) Nec contrariae sunt L. 33. § 3. L. 34. L. 35. L. 70. D. *de proc.* (III, 3.) — Cf. *Auctoris* Epist. c. V. et Cession § 62. p. 613 sqq.

20) Cf. *Auctoris* Cession § 51. et 52.

21) L. 22. C. *mandati.* (IV, 35.) Cui quidem legi quaedam etiam adjecit *Justinianus* imp. L. 23. *eod.* — Cf. *B. H. Reinoldi* varior. ad j. civ. pertin. lib. sing. (Brem. 1708.) c. 32. — *J. R. Bach* de lege Anastasiana (opusc. nr. IX.) — *Auct.* Cession § 53.

22) *Auctoris* Cession § 53. nr. 1. — Dissent. *Sande* l. l. c. IX. § 28.

23) Exc. vid. in *Auctoris* libro § 53. p. 543 sqq. — *B. W. Pfeiffer* pract. Ausführ. aus allen Theilen der R. W. (Bd. I. Hannov. 1820.) nr. VI. p. 59 sqq. — *Seuffert* Archiv f. civ. Pr. XI. p. 377 sqq. (Nr. V.).

24) De ea autem quaestione: utrum ad emtorem, an ad debitorem pertineat probandi onus? acriter inter JCtos disputatur. — Vid. *Auctoris* Cession § 61. p. 605 sqq. et script. ibi laudd. — Cf. *J. F. Spangenberg* D. num legis Anastasianae exceptio vera sit exceptio, an potius ad negativam litis contestationem referenda? Jena 1805. 8.

LIBER IV.

DE JURE DOMESTICO ET TUTELARI.

CAPUT I.

DE JURE MATRIMONII.

Jo. d'Avezan D. de sponsalib. et matrimonio (in *Meermani* Thes. IV. p. 315—354.) —*Pet. de Toullieu* de jure nuptiarum (in *Fellenbergii* jurisprudentia antiqua T. II.). — *J. H. Boehmer* ad Librum IV. Decretal. (Jus. eccl. Protest. T. III. p. 1077 —1340. T. IV. p. 77—512.). — *A. L. Schott* Einleit. in das Eherecht. Nürnb. 1786. (ed. 2. 1802.). — *C. C. Dabelow* Grunds. d. allg. Eherechts d. deutschen Christen. Halle 1792.

§ 501. *Variarum inter marem ac foeminam conjunctionum, in hisque potissimum matrimonii, brevis descriptio.*

In marium ac foeminarum inter se conjunctionibus, quae quidem inprimis legislatorum curas excitarunt, hac sunt notandae : 1) Adulterium et stuprum[1]), quorum illud in nuptam committitur, hoc vero in viduam[2]), ingenuam illam quidem et honestam[3]). 2) Incestus, isque vel juris gentium est, siquidem ascendentium corpora miscentur, vel civilis juris, qui caeterarum personarum, inter quas aut propter cognationis aut propter adfinitatis propinquitatem prohibitae sunt nuptiae, congressionibus admittitur[4]). 3) Contubernium, i. e. servorum ancillarumque cum inter se, tum vero cum liberis personis conjugia[5]). 4) Concubinatus[6]), quem quidem interpretamur conjunctionem quodammodo perpetuam inter virum et mulierem, ad vitae societatem venerisque consuetudinem jure naturali initam[7]). Quae licet legibus non sit improbata[8]), tamen eurae fuit

§ 501.

1) Dig. (XLVII, 5.) *ad Leg. Jul. de adulteriis coërcendis.* — Cod. (IX, 9.) *ad. L. Jul. de adult. et stupro.*

2) L. 6. § 1. L. 34. § 1. D. *h. t.*—L. 101. pr. D. *de V. S.* (De viduae appellatione vid. L. 242. § 3. D. *de V. S.*—Cf. *Menagii* jur. civ. amoenit. c. 39. p. in. 394.) — L. 1. C. *h. t.* — At vero jure canonico maritus quoque, cum foemina soluta stuprum admittens, adulterii reus fit; c. 15. 16. 23. C. XXXII. qu. 5.

3) L. 13. § 2. D. *h. t.* —Cf. L. 1. § 1. L. 3. pr. D. *de concub.* (XXV, 7.)

4) L. 39. § 1. L. 56. L. 68. D. *de R. N.* (XXIII, 2.) — L. ult. § 1. D. *de cond. sine causa.* (XII, 7.) — L. 38. § 2. D. *h. t.* (XLVIII, 5.) — Cf. L. 38. § 7. *eod.*

5) L. 23. pr. L. 24. C. *h. t.* (IX, 9.). — a) L. 29. C. *de lib. causa.* (VII, 16.)— b) L. 54. pr. D. *mandati.* (XVII, 1.) — L. 8. D. *de pignor.* (XX, 1.) — L. 2. C. *si mancip. ita fuer. alien.* (IV, 57.) — c) L. 14. § 2. D. *R. N.* (XXIII, 2.) (cf. supra § 31. not. 4. c.).—d) § 10. I. *de gradib. cognat.* (seu. pr. I. *de servili cognatione*).

6) Dig. (XXV, 7.) et Cod. (V, 26.) *de concubinis.* —*Fr. Ramos del Manzano* schediasma de concubinis (*Meerm.* thes. V. p. 551—560.).—*J. G. Heineccii* comment. ad L. Jul. et P. P. Lib. II. c. 4.—*G. Jordens* Disput. I. de legitimatione c. III.

7) Cf. L. 34. D. *ad L. Jul. de adult.* — L. 144. D. *de V. S.* Quem in locum vid. *Jordens* l. l. § 7.

8) L. 3. § 1. D. *h. t.* « Nec adulterium (i. e. stuprum; vid. not. 2.) per concubinatum ab ipso committitur : nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est. » (*Heineccius* l. l. § 3.). — L. 5. in f. C. *ad SCt. Orphit.* (VI, 57.) — Idemque inaequale conjugium vocant imp. L. 3. C. *de natural. lib.* (V, 27.)— Caeterum et posteriorum legislatorum decretis et moribus in unum concurrentibus eversa est concubinatus consuetudo. Qua de re vid. *Heineccius* l. l. § 5. 6. — *Günther* pr. jur. Rom. § 449.

legislatoribus, ne temere contraheretur cum tali muliere, quarum nuptias jungi honestius videretur [9]). Nec plenus matrimoniorum honor habitus est hujusmodi conjunctionibus [10]), non magis, quam legitime natorum jura liberi, ex iisdem procreati, consequebantur. Caeteroquin non ea modo, quas ex mero jure naturali proficiscuntur, omnia aeque conveniunt in concubinatum atque in legitimas nuptias [11]), verum etiam ex illa tamquam legitimae conjunctionis imagine nonnulla et in ipsam concubinam et in naturales liberos redundarunt jura [12]).
5) Nuptiae s. matrimonium, quod quidem liceat definire maris ac foeminae consortium, vitae individuae colendae sobolisque procreandae causa legitime constitutum [13]). Atque olim quidem duae erant matrimonii formae: altera justarum nuptiarum, quae legitimo et civili modo contrahebatur, cujus baec potissimum erat vis, ut in mariti manum conveniret uxor [14]); altera erat matrimonii forma, quae legitima quidem jura nulla olim quidem efficiebat, unde etiam uxori nomen injustae inditum est [15]). Ex quo vero invaluit, ut patria potestas etiam in liberos ex ejusmodi conjugiis natos tribueretur patribus, civilis illa matrimonii forma sensim ac pedetentim ab usu communi recedere coepit, donec liberior solutiorque matrimonii ineundi ratio in hominum consuetudine sola remansit. Caeterum nostris quidem moribus non fere rata habentur ac licita conjugalia foedera, nisi quae forma legibus praescripta celebrantur, eoque pacto ineuntur ut bonor maritalis integer sit uxori, plenissimumque familiarum jus apud liberos ex eo matrimonio oriundos [16]).

TIT. 8. DE MATRIMONIIS ET CONTRAHENDIS ET DISSOLVENDIS.

J. A. Apel de causis matrimonii annullandi Disp. I. et II. Lips. 1798. 1799.

§ 502. I. *Ineundi matrimonii ratio* (*). A) *Ejus conditiones necessariae, s. de matrimoniorum impedimentis, iisque* 1) *talibus, quae simpliciter prohibent a conjugiis ineundis.*

Nuptiarum legitimae contrahendarum conditiones necessariae hae sunt, cum

9) L. 3. pr. D. *h. t.* — L. 1. § 1. D. *eod.* «Cum Atilicino sentio et puto, solas eas concubinatu *habere* (i. e. solo facto, s. nulla interposita testatione) posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur.» — L. 24. D. *R. N.* (XXIII. 2.) — L. 51. pr. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — *Jordens* § 8. — Cf. L. 16. § 1. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV, 9.) «Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur: ejus, qui concubinam babuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur; idque in testamento Coccejl Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam *ingenuam* honore pleno (*al.* pleno amore) dilexerat, optimi maximique principes nostri judicaverunt: cujus filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quaesitam (*al.* quaesitum, *al.* quaestum fecisse) apparuit.» Vid. *Heineccius* ad L. Jul. et P. P. Lib. II. c. 1. § 2. p. 108 — 110. — Cf. *Cujacius* ad Papin. resp. Lib. VIII. (opp. post. ed. Paris. T. I. P. II. p. 374.). — *Id.* obs. V, 6. — *Stever* (spec. § 211. not. 4. laud.) p. 48 — 52. — De liberta patroni concubina vid. L. 1. pr. D. *h. t.* — L. 23. pr. *ad L. Jul. de adult.* (not. 10. b.)

10) a) L. 4. D. *h. t.* — b) L. 13. pr. D. *ad L. Jul. de adult.* — (Cf. L. 11. § 7. D. *ad L. Jul. de adult.* — L. 1. et 7. C. *eod.* — Coll. LL. Mos. et Rom. Tit. IV. § 5. — Vid. et *Cujacii* obs. XI, 16. et de matronae matrisve familias appellationibus *ejusd.* obs. III, 18.)

11) *a*) L. 1. § 3. D. *h. t.* — L. 56. D. *de R. N.* — L. 4. C. *de nupt.* (V, 4.) — Cf. L. 14. § 2. D. *de R. N.* — b) L. 1. § ult. D. *h. t.*

12) § 211. not. 2. et Nov. 18. c. 5.

13) Cf. L. 1. D. *de R. N.* — § 1. I. *de patr. pot.* (*Noodt* probabil. jur. Lib. II. c. 9. — *Savigny* in d. Zeitschrift f. histor. R. W. II. p. 403. 404. — *J. C. Hasse* das Güterrecht der Ehegatten n. röm. Recht Bd. 1. Berl. 1824. § 2 — 9.). — Caeterum de eo, quinam potissimum finis in ineundo matrimonio propositus esse debeat conjugibus, acriter inter doctos homines disputatur. Vid. *d'Avezan* l. l. Tract. II. c. 6. — *C. F. Hommel* Rhaps. Qu. obs. 391. — *Schott* Eherecht § 66—88. — *Apel* de caus. annull. matrimon. I. p. 2—38.

14) *Gaji* inst. I. § 109 sqq. — Cf. *Cic.* Top. c. 3. — *Hasse* l. l. § 13—27.

15) L. 13. § 1. D. *ad L. Jul. de adult.* — *Hasse* l. l. p. 45—49. not. 52.

16) Vid. R. P. O. de 1530. c. 33. — Nam inaequalis matrimonii forma, quam quidem patrium jus agnoscit, non communis est omnium civium, verum propria eorum, qui illustrioribus adscripti sunt ordinibus. Vid. *Runde* teutsches Privatr. § 575. — Cf. Preuss. Landr. Th. II. Tit. I. § 836—839.

§ 502.

(*) Inst. (I, 10.) *de nuptiis.* — Dig. (XXIII, 2.) *de*

ut conjugum personae nuptiarum omnino habeant facultatem, tum vero ut inter eas sit connubium [1]). Jam vero aut natura aut lege fit, ut justi matrimonii facultate aliquis vel perpetuo careat vel ad tempus duntaxat. Natura impediuntur, et qui propter furorem plane nequeunt consensum adhibere nuptialem [2]), et qui generare non possunt, ut impuberes [3]), ut castrati [4]); senum vero conjugia prohibita non sunt [5]). Lege prohibentur: 1) qui civibus in ea civitate, ubi nuptiis jungi velint, adscripti non sunt [6]); 2) qui castitatis voto religiose sese obstrinxerunt [7]); 3) qui patriae potestati subjiciuntur, scilicet non consentiente patrefamilias [8]); 4) qui alio etiam devinciuntur matrimonii vinculo [9]); praeterea 5) adulterii vel rea facta, vel damnata, vivente quidem marito rursus uxor duci nequit [10]); denique 6) nec viduae, nec ei mulieri, quae divortium fecit, plerumque concessum est, ut intra annum post matrimonium solutum alii viro nubat [11]).

§ 503. 2) *De causis inter certas tantummodo personas nuptiarum conjunctionem impedientibus;* a) *cognationis adfinitatisque propinquitas* (*).

Sunt quaedam causae, quae efficiant, ut ne connubium sit inter eas personas quarum singulae per se quidem omnino gaudeant nuptiarum ineundarum jure. Atque in istarum causarum numero inprimis est commemoranda cognationis adfinitatisque propinquitas, propter quam inter adscendentes, tum vero etiam inter eas personas, quae adfinitatis gratia parentum liberorumque loco habentur, in infinitum nuptiae prohibentur, scilicet utroque jure, et civile et canonico [1]). Earum autem personarum, quae ex transverso cognationis gradu junguntur, jure civili tantummodo inter fratrem et sororem nuptiae prohibitae sunt [2]), nisi

ritu nuptiar. — Cod. (V, 4.) *de nuptiis.* — Cod. (V, 5.) *de incestis et inutilib. nuptiis.* — Decretal. (IV. 1.) *de sponsalibus et matrimoniis.*

1) Connubii vox cum propter eam, quae per se inest huic vocabulo, vim ad matrimonii impedimenta, quae *relativa* vocantur, referenda est potissimum, tum vero ita eandem ipsi plerumque usurpant JCti Romani. Vid. tamen *Ulpiani* Fr. V, 3. et L. 1. pr. D. *de concubin.* (XXV, 7.)

2) L. 16. § 2. D. *h. t.* — c. 26. C. XXXII. qu. 7.

3) Pr. I. *h. t.* (cf. supra § 178. not. 5.) — Vid. et a) e jure civili L. 4. D. *h. t.* — L. 9. D. *de sponsalib.* (XXIII, 1.)—L. 32. § 27. et L. 65. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — b) E jure can. c. 8. et 14. X. *de desponsat. impub.* (IV, 2.) — *Glück* Pand. Bd. XXIII. § 1208. p. 142—148.

4) L. 39. § 1. D. *de jure dotium.* (XXIII, 3.) (cf. *Hasse* l. l. p. 33. not. 36.). — c. 2. 3. X. *de frigidis et maleficiatis.* (IV, 15.) — Caeter. cf. c. 4. X. *eod.* — *Scholt* Eherecht § 84. in f. et *Boehmer* Jus eccl. Prot. Lib. IV. T. 15. § 10. — *C. G. Bieneri* Pr. Qu. L. Lips. 1814. — *Glück* Pand. XXVI. § 1261.

5) L. 27. C. *h. t.* (V, 4.) — *Boehmer* l. l. § 6.

6) L. 56. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.)—Pr. I. *h. t.*— Vid. tamen § 187. not. 3. 4.

7) Nov. 5. c. 8. — Nov. 6. c. 1. § 7. — Nov. 123. c. 14. 29.

8) Pr. I. *h. t.* — L. 2. L. 16. § 1. D. *eod.* — L. 35. D. *eod.* (cf. § 510.).

9) L. 2. C. *h. t.* (V, 5.)—L. 18. C. *ad L. Jul. de adult.* (IX, 9.)

10) L. 26. D. *h. t.* — L. 29. § 1. D. *ad L. Jul. de adult.* (XLVIII, 5.) — L. 9. C. *eod.* (IX, 9.) — Cf. L. 2. § 6. L. 29. pr. *eod.* — L. 17. C. *eod.*

11) L. 1. L. 11. § 1. D. *de his, qui not. inf.* (III, 2.)—T. T. C. *de secund. nupt.* (V, 9.)—Nov. 22. c. 16. 22.—Cf. et a) L. 11. § 2. D. *de his, qui not. inf.* — b) L. 9. 10. *eod.*— Cf. *Puttmanni* interpr. et obs. lib. sing. c. 33.— Caeter. vid. c. 4. 5. X. *de secund. nupt.* (IV, 21.)

§ 503.

(*) *C. A. M. Schlegel* krit. u. system. Darstell. d. verbotenen Grade d. Verwandtschaft u. Schwägersch. bei Heirathen, nach d. Mosaischen Gesetze, dem röm. u. can. R. u. den Protestant. Kirchenordnungen. Hannov. 1802. 8. — *C. F. Ammon* üb. das moral. Fundament der Eheverbote unter Verwandten. Abh. I. II. Gött. 1798. 1799. 4. — *Goeschen* Grundr. § 674—676.

1) § 1. I. *h. t.* — L. 53. D. *eod.* — c. 1. C. XXX. qu. 3. — L. 14. § 4. D. *h. t.* — L. 4. § 6. 7. D. *de gradib.* (XXXVIII, 10.)—Arg. c. 1. X. *consanguin. et adfin.* (IV. 14.)

2) § 2. I. *h. t.* — Cf. L. 3. L. 67. § 1. D. *h. t.* —

quod nec inter eas, quarum altera quidem proxime descendit a communi generis auctore, altera vero ab eodem distat remotiori gradu, cum illa parentis loco huic sit, nuptiae possunt consistere [3]). At inter adfines ex latere conjunctos non nisi cum fratris vidua, aut cum uxoris sorore nuptiae prohibentur [4]). Contra vero canonico jure post quartum demum et cognationis et adfinitatis gradum, videlicet secundum pontificum decreta computandum, conjugia admittuntur [5]).

§ 504.

At vero Moses [6]) nulla graduum generatim facta mentione nuptias contrahi noluit: 1) inter parentes et liberos, avum et neptem [7]), itemque cum noverca, nuru, privigna, tum etiam cum filia privigni vel privignae [8]); 2) inter fratres et sorores [9]); et plerumque etiam 3) cum fratris vidua [10]); 4) cum uxoris sorore [11]); 5) cum amita et matertera [12]); denique 6) cum patrui vidua [13]). De eo tamen, utrum de ipsis tantummodo personis cogitaverit legislator, an etiam aliarum, in iisdem gradibus constitutarum, velut tacito jure prohibuerit nuptias, necdum inter doctos homines constat, non magis, quam de harum sanctionum in foris nostris auctoritate [14]). Caeterum ea, quae adoptione constituitur civilis cognatio, quamdiu quidem constat adoptionis vinculum [15]), similiter ac naturalis cognatio impedimento est matrimoniis contrahendis [16]), cum his quoque, qui patri tantum cognati sunt, scil. superioris gradus [17]). — Ea vero legum decreta, quae etiam propter spiritualem cognationem (§ 205. in f.) nuptiarum conjunctionem vetuerunt, hodie non usquequaque observantur [18]).

§ 505. b) *Reliquarum ejus generis causarum enumeratio.*

Réliquae ex eo causarum genere, quae non simpliciter prohibent a nuptiis conjungendis, proxime quidem vel honestatis [1]) vel publicae utilitatis causa in-

L. 19. C. *eod.* (V, 4.)—§ 4. I. *eod.* «Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis jungi possunt» (*al.* eum *Theophilo* ad h. l. «*non* possunt»). Sed vid. *Marcilii* et *Mureti* not. ad h. l. — in ed. a *Walero* instr. — Varior. notae ap. *Reitzium* p. 96. 97. — Cf. et *Glück* Pand. XXIII. § 1213. p. 313—328.

3) § 5. I. *h. t.* — L. 39. pr. D. *eod.*—*F. Schnaderbach* D. de respectu parentelae. Hal. 1723. — *Ejusd.* D. legislator. Romanor. sancita de resp. parentelae explicata. Lips. 1724. (cf. *Dirksen* Beitr. z. Kunde d. R. R. Nr. VI. p. 248 sqq.).

4) L. 5. L. 8. L. ult. C. *h. t.* (V, 5.).

5) c. 8. X. de *consanguin. et adfin.*—Cf. *Glück* l. l. p. 328—361.

§ 504.

6) Levit. XVIII, v. 6. — *Joh. Dav. Michaelis* Abhandl. v. d. Ehegesetzen Mosis, welche die Heirathen in die nahe Freundschaft untersagen. Gött. 1768. 4. (ed. II.). — *Ej.* Mos. Recht Bd. II. § 101—117. — *Glück* Pand. XXIV. § 1218. p. 210—311.

7) Levit. XVIII, v. 7. 10.

8) Levit. XVIII, v. 8. 15. 17. XX, v. 11. 12. 14.— Deuteronom. XXII, c. 30.

9) Levit. XVIII, v. 9. XX, v. 17.

10) Levit. XVIII, v. 16. XX, v. 21. — Except. vid. Deuteron. XXV, v. 5—10. Cf. Genes. XXXVIII, v. 8. — Vid. de illo *leviratus* jure, ut vocant, *Michaelis* Ehegesetze § 71. et Mos. Recht § 98.

11) Levit. XVIII, v. 12. 13. XX, v. 19.— At vero cum uxoris sorore non simpliciter matrimonium interdicitur Levit. XVIII, c. 18.— Vid. *Michaelis* Eheges. § 77 sqq.

12) Levit. XVIII, v. 14. XX, v. 20.

13) Levit. XVIII, v. 8.

14) Vid. *Michaelis* Eheges. § 81—118.—*Schott* Eher. § 133.

15) Caeter. vid. § 1. I. *h. t.* («in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat») et infra § 505. nr. 5. not. 6.

16) § 1. 2. et 5. I. *h. t.*—L. 17. pr. et § 1. L. 55. pr. D. *eod.*

17) L. 17. § 2. L. 55. § 1. D. *h. t.* (cf. et *Vinn.* ad I. § 5. *h. t.*).— Adfinitatem autem non contrahi adoptionibus meminisse oportet; § 206. not. 3.

18) *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. Lib. IV. Tit. 11. § 12. — *Schlegel* l. l. Abschn. V.

§ 505.

1) L. 42. pr. D. *h. t.* — Quae tamen ratio non impedit, quo minus jure civili rata sint ac legitima matrimonia a comprivignis (§ 208. not. 5.) contracta. § 8. I. *h. t.*— L. 34 § 2. D. *eod.*

troductae sunt. Ex priore illa ratione interdictum est matrimonium : 1) cum privigni vidua, tum etiam cum ejus, quae quondam uxor fuit, noverca [2]; 2) cum uxoris filia, quam quidem divortio facto ex alio viro peperit illa [3]; 3) inter patrem filiique sponsam, tum vero etiam inter filium et patris sponsam [4]; itemque 4) cum ejus, quam sponsam habui, matre [5]; nec non 5) cum ea, quae per adoptionem filia neptisve esse coeperit, licet solutum sit per emancipationem adoptionis vinculum [6]. Fuere etiam aliae quaedam nuptiarum prohibitiones, quae ex eadem illa honestatis ratione manarunt [7], quas quidem sustulerunt cum Justinus tum Justinianus impp. [8]. At vero in iis sanciendis, quae ad publicam utilitatem proxime spectant, id fuit propositum legislatoribus, partim ut delictorum scelerumque semina compescerent, partim ut religionem tuerentur publicam, partim iis consulerent, qui propter consilii infirmitatem sibi prospicere ipsi non possunt. Quo in genere nuptiae prohibitae sunt hae : 1) eorum, qui in provincia officium aliquod gerunt ibive militant, cum muliere provinciali [9]; 2) inter adulterum atque adulteram [10], itemque inter raptorem et raptam [11]; 3) inter Christianos et Judaeos [12]; denique 4) tutores curatoresve pupillam vel adultam, non desponsam a patre, nec destinatam, sibi, vel filio, vel nepoti, vel etiam heredi extraneo, prohibentur matrimonio jungere, scilicet ante constitutum tempus aetatis, ne pupillae in re familiari circumscribantur ab his, qui rationes eis gestae tutelae reddere compelluntur [13].

§ 506. *De impedimentorum matrimonii vi atque effectu.*

Jure civili plerumque nullum est matrimonium, quod contra legum prohibitionem contrahitur [1]), dummodo jam initi matrimonii tempore adfuerit impedi-

2) L. 15. D. *h. t.* — Cf. *J. H. Boehmer* Jus. eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 14. § 33.

3) § 9. I. *h. t.*—L. 12. § 3. D. *eod.*

4) § 9. I. *h. t.*—L. 12. § 1. 2. D. *eod.*

5) L. 14. § 4. in f. D. *h. t.*

6) § 1. I. *h. t.*—L. 55. pr. D. *eod.*

7) *Ulpiani* Fr. XIII. — L. 42—44. D. *h. t.* — L. 1. C. *de natural. liber.* (V, 27.)— *Heineccius* ad L. Jul. et P. P. Lib. II. c. 1.

8) Cf. L. 23. 28. 29. C. *h. t.*—Nov. 78. c. 1. 3. 5. — Nov. 89. c. 15. — Vid. *Heineccius* l. l. Lib. II. c. 2. § 4. 5.

9) L. 38. L. 57. pr. L. 63. L. 65. D. *h. t.*

10) L. 11. § 11. D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII, 5.) (cf. L. 40. *eod.*).—Nov. 134. c. 12. —Sed. vid. c. 6. X. *de eo, qui dux. in matrimon. quam polluit per adulter.* (X, 7.)—Caeter. cf. et Nov. 22. c. 15. in f.

11) L. un. § 1. in f. C. *de raptu virgin.* (IX, 13.) —Vid. tamen c. 7. X. *de raptorib.* (V, 17.)

12) L. 6. C. *de Judaeis.* (I, 9.)

13) L. 36. 59. 60. L. 62. L. 64. D. *h. t.* (cf. *Cujacii* obs. XVI, 33.). L. 66. D. *eod.* — *Auctoris* observ. jur. Rom. c. II. § 3.). L. 67. pr. D. *eod.* «Non solum vivo tutore, sed et post mortem ejus filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam, cujus tutelae rationi obstrictus pater fuit. Nec puto interesse, exstiterit ei heres filius, an abstinuerit paterna hereditate, an nec heres fuit, forte exheredatus, aut praeteritus, emancipatus : nam et fieri potest, ut per fraudem in eum collocata (*al.* collata) bona patris propter tutelam revocari oporteat. »— § 2. «Sed et si filiusfamilias tutor puellae vel curator fuit, vel magis patri ejus non oportere eam nubere : *numquid nec fratri, qui est in ejusdem potestate?*»—§ 3. « Sed videamus, si Titii filius duxerit uxorem eam, quae tua pupilla fuit, deinde Titium vel filium ejus adoptaveris, an pereme̱ntur (vid. *Geb. Sp.* not. 13.) nuptiae, ut in genero adoptato dictum est, an adoptio impeditur? Quod magis dicendum est. Et si curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum ejus puellae, cujus curator est : nam finita jam tutela et nupta puella alii, *vereor, ne longum sit, adoptionem mariti ejus impedire*, quasi propter hoc interponatur, ut ratio tutelae reddendae cohibeatur : quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum oratio D. Marci continet. » Vid. Schol. Basilic. T. IV. p. 374. (not. c.). — L. 2. § 41. D. *ad SCt. Tert.* (XXXVIII, 17.) — Cod. (V, 6.) *de interdicto matrim. inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum.*

§ 506.

1) § 12. I. *h. t.* — At matrimonium a vidua non observato legitimo tempore contractum, licet legibus improbetur, tamen ratum habetur; arg. LL. C. *de secund. nuptiis.* (V, 9.) et Nov. 22. c. 22. — Olim etiam propter matrimonia illicita eademque nulla dotes fiebant caducae. L. 38. § 1. L. 61. D. *h. t.*

mentum legitimum [2]). At vero pontificio, tum etiam eo jure, quo hodie utimur, complures leges ex impedimentium genere sunt minus quam perfectae (§ 46. not. 7.) [3]). Quemadmodum autem jam apud Romanos haud erat insolitum, ut legum, nuptiarum conjunctionem prohibentium, singulis gratia fieret [4]): sic nonnihil etiam iis condonatum est, qui facti errore lapsi in matrimonia legibus vetita irruissent [5]). De eo autem, quod a multis statuitur discrimen inter matrimonii impedimenta, quae propter reipublicae ecclesiaeve utilitatem introducta sunt, atque ea, quae proxime respiciunt privatorum utilitatem, licet non eadem omnium sententia sit [6]), haec tamen, tamquam in commune valitura, praecipienda esse videntur: 1) Si libera tantum consentiendi facultas impeditur, ex arbitrio pendet ejus, qui coactus vel inductus est, utrum valere an rescindi malit matrimonium [7]). 2) Quodsi aliorum consensus necessarius est in matrimoniis contrahendis, secundum jus civile nullum est, eo deficiente, matrimonium [8]), sic tamen, ut ratihabitione etiam in praeteritum convalescat [9]). 3) Item propter generandi defectum ex civilis quidem juris principiis nihili est momenti matrimonium [10]); at canonico jure, certe antiquiori, non sunt disjungendi conjuges, qui scientes in tale matrimonium consenserunt [11]). Jam vero 4) quoties dirimere matrimonia propter impedimenta legitima omnino pertinet ad judicis officium [12]), ex communis juris ratione non est, quod inter privata ac publica impedimenta discrimen faciamus [13]), licet id esse conveniens ei, quo utimur, juri, facile largiamur.

§ 507. B) *Sponsalia* (*). 1) *Eorum notio et forma.*

Sponsalia sunt futurarum nuptiarum mentio et repromissio [1]). Quae ut recte fiat jure civili, sufficit solus consensus [2]), ab his personis, quae consentiendi habent facultatem, libere interpositus. Igitur quod ad personas attinet, primum omnium inter se consentiant necesse est sponsus et sponsa, hoc pacto, ut sponsalia contrahere non fere possint, qui matrimonio inter se jungi prohibentur [3]). Praeterea hi quoque consensum sponsalibus debent accommodare, qui et nuptiis [4]), item-

2) L. 3. C. *de interd. matrim.* (V, 6.)—Caeterum vid. L. 64. § 3. *h. t.* (§ 505. not. 13.).
3) Cf. *Thibaut* Pand. § 386—391.
4) V. c. L. 10. pr. D. *de his, qui not. inf.* (III, 2.)—L. 31. D. *h. t.* —L. 23. C. *h. t.* — Cf. *Schott* Eherecht § 78.— *Gluck* Pand. Bd. XXIII. § 1212. b. — L. 7. C. *de interdicto matrim. inter pup. et tut.* (V, 6.). — Cf. L. 9. C. *de incest. nupt.* (V, 5.) T. T. C. *si nuptiae ex rescr. petantur.* (V, 8.) — *Dirksen* de privil. ap. Rom. irrog. (Reg. 1817. P. I. II.) c. 10. — *Ejusd.* civilist. Abh. I. p. 309 — 313. (Ueber die Dispensation von Eheverboten.)
5) L. 57. § 1. D. *h. t.* — L. 4. C. *de inc. nupt.* (V, 5.) — *J. N. Hertii* de matrimonio putativo comm. (opusc. Vol. I. T. I. p. 245 sqq.).
6) Cf. *Schott* Eherecht § 77.—*Dabelow* Eherecht § 40. et 44.— *Thibaut* Pand. § 385. — *Biener* Pr. Quaest. 31. Lips. 1814. et *Gluck* Pand. XXIII. p. 31 sq. not. 83.
7) c. 21. X. *h. t.* (IV, 1.)
8) § 12. I. *h. t.* (cf. pr. *eod.*). — L. 2. et 18. D. *h. t.* — L. 7. C. *eod.* (V, 4.). — L. 11. D. *de st. hom.* (1, 5.)
9) Vid. infra § 511. in f. — Caeter. cf. supra § 100. in f.
10) L. 39. § 1. D. *de jure dot.* (cf. supra § 502. not. 4.).
11) c. 4. X. *de frigidis.* (IV, 15.) — Cf. *J. H. Boehmer* Jus eccl. Pr. Lib. IV. Tit. 15. § 10. in f.—*Gluck* Pand. XXIII. p. 149. (cf. supra § 502. not. 4.).
12) Vid. infra § 515.

§ 507.

(*) Dig. (XXIII, 1.) *de sponsalibus.* — Cod. (V, 1.) *de sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis.* — *Fr. Holmani* Disp. de sponsalib. (opp. T. I. p. 469 sqq.).—*J. H. Boehmer* D. de diverso sponsaliorum et matrimoniorum jure (Exercitt. ad Pand. T. IV. Nr. 69.)— *A. G. Schmidt* (Pr. *J. G. Müller*) observation. jur. circa sponsalia obtinentis spec. I. Lips. 1819.
1) L. 1. D. *h. t.* — De *mentionis* voce vid. *Holman* c. l. et *Müller* obs. II. § 3.
2) L. 4. pr. L. 11. D. *h. t.*
3) L. 60. § 5. D. *de R. N.* (XXIII, 3.)—Cf. L. 15. et L. 16. *h. t.*—Except. vid. a) L. 14. D. *h. t.* (cf. *Gluck* Pand. Bd. XXII. p. 411 — 415.). — b) L. 10. § 1. D. *de his, qui not. inf.* (III, 2.)—c) L. 38. pr. D. *de R. N.* — L. un. C. *si rector prov. vel ad eum pertinentes sponsalitia deder.* (V, 2.)
4) L. 7. § 1. L. 11—13. D. *h. t.* (cf. § 511.).

que tutores, si quos habent despondendorum personae [5]). Quae vero omnino impediunt liberam animi significationem, ea etiam efficiunt, ut aut prorsus nullius momenti sint sponsalia, aut, id postulante eo, qui laesus est, tolli possint ac rescindi [6]). Errore autem circa personarum qualitates admisso multo facilius sponsalia impediri, quam nuptias, ex utriusque negotii indole sua sponte apparet [7]). Nec quidquam refert in sponsalibus constituendis, num ea per ipsas despondentium personas et coram, an per epistolam vel per nuntium fiant [8]). Itemque sponsalia recte contrahuntur non solum pure, verum etiam sub die aut conditione [9]), quam quidem, simul ut accesserit concubitus, tacite esse remissam, existimandum est [10]). Possunt etiam firmari sponsalia et arrhae datione [11]), et jurisjurandi religione [12]). At in plerisque Germaniae terris certa solet esse solemnitas sponsalibus scripta, qua non observata nullius sunt momenti, quae aguntur; unde manavit distinctio sponsaliorum publicorum et clandestinorum [13]). *Consensus* autem s. *desponsatio de praesenti*, cujus mentio fit jure canonico, scilicet contrario nomine opposito *verborum de futuro* [14]) matrimonii, ut illis temporibus concessi, non autem sponsaliorum erit formae ac notioni adsignandus [15]).

§ 508. 2) *Vis sponsaliorum.*

Sponsalia, cum spem efficiant matrimonii [1]), in nonnullis etiam similitudinem quandam habent nuptiarum, hac quidem potestate: 1) ut patris, aliorumque,

5) L. 6. D. *h. t.* — L. 1. C. *de nupt.* (V, 4.)—Cf. L. 20. D. *de R. N.* et L. 8. C. *eod.*

6) a) L. 60. in f. D. *h. t.*—c. 4. X. *de desponsat. impuber.* (IV, 2.) — L. 8. D. *h. t.*—b) c. 15. et 28. X. *h. t.* (IV, 1.)—Cf. c. 21. *eod.*— De cap. 26. *eod.* vid. *J. H. Boehmer* cum in not. 72. ad h. l. tum vero in J. eccl. Prot. Lib. IV. Tit. I. § 142. — *J. C. Hasse* das Güterrecht der Ehegatten nach R. R. § 39.

7) *Leyser* meditt. ad Pand. sp. 296. m. 1. — *Glück* Pand. XXII. p. 431. 432. p. 440. 441.

8) L. ult. D. *h. t.*— Sponsalia contrahi non posse per procuratorem, certe jure civili, id jam ex principiis supra (§ 130. et 131.) expositis intelligere licebit. Etenim cum procurator, ut quidem proprie dicitur, sua ipsius negotia agere videatur, sequitur, ut per eum agi nequeat id, quod ad se pertinere nec ipse velit, nec velle possit. Cui nec contraria sunt Leg. 18. *h. t.* verba: « an per internuntium, vel per epistolam, *an per alium* hoc factum sit »; quippe quae optime explicantur ex inferioribus ejusd. leg. verbis: « et fere plerumque *conditiones* interpositis personis *expediuntur* ». — Cf. L. 3. D. *de proxeneticis*. L. 14. (« — si quis forte *conditionis*, vel *amicitiae—proxeneta* fuit ». § 130. not. 4.).—Vid. *Cujacii* obs. XI, 18. — Multo vero minus sententiae nostrae obstat L. 34. pr. D. *de R. N.* — Vid. h. t. Interpret. in Basil. (T. IV. p. 243.) et ibid. Schol. y. (p. 267.)—*Cujacius* ad Lib. IV. Papin. resp. (post. opp. ed. *Fabr.* T. I. P. II. p. 154.). — Secus res visa est pontificibus. c. ult. *de procur.* in 6. (I, 19)—Caeter. cf. L. ult. C. *h. t.* — *Schott* Eherecht § 157.—*Thibaut* Pand. § 421.

9) c. 1. 3. 5. 7. X. *de conditionibus oppos. in desponsat.* (IV, 5.) — c. ult. § 1. *h. t.* in 6. (IV, 1.)

10) c. 6. X. *eod.* (IV, 5.)

11) L. 3. et 5. C. *h. t.* (V, 1.) — Poenae stipulationem, utpote bonis moribus contrariam, improbarunt juris nostri auctores. L. 134. pr. *de V. O.* (XLV, 1.) — quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia adstringi. — L. 71. § 1. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 2. C. *de inutil. stiput.* (VIII, 39.) — Caeterum, quoniam poena detrectantis nuptias olim fuit quadrupli, scil. ejus, quod arrharum nomine datum esset, idcirco Leo et Anthemio Impp., licet ipsi legitimam istam poenam abrogarint, tamen placuit, ejusdem quadrupli stipulationem etiam admittendam esse. L. 5. in f. C. *h. t.* — Vid. *J. Gothofredi* comment. ad L. 6. C. Th. *de sponsalib.* (III, 5.) — *Glück* Pand. XXIII. p. 77 sqq.— Majorem autem jure can. esse licentiam, certe in puberum desponsationibus, pactitiis poenis confirmandi sponsalia, multi sunt, qui statuant, arg. c. 29. X. *h. t.* — *J. A. Hellfeld* D. de effectu poenae conventional. sponsalib. adjectae (opusc. Nr. XVII.). — *Schott* Eherecht § 149. not. *.—Cf. *Dabelow* Eherecht § 104. et *de Loehr* Arch. f. civ. Pr. XV. p. 445—449.

12) c. 2. 16. 22. X. *h. t.* — Quod tamen non impedit, quo minus etiam in sponsalibus jusjurandum sequatur negotii naturam. c. 2. 4. X. *eod.* — *J. F. Kees* D. de jurisjurandi sponsalib. adjecti efficacia. Lips. 1776. (cf. et § 151. not. 2. 3.). — *Thibaut* Pand. § 418.

13) *Schott* Eherecht § 148.

14) c. 30. 31. 32. X. *h. t.* — c. 3. X. *de sponsa duor.* (IV, 4.) — c. 12. X. *qui fil. sint legit.* (IV, 17.)

15) Cf. *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. Lib. IV. Tit. 1. § 10 — 47. — *Gluck* Pand. XXIII. § 1198.

§ 508.

1) L. 6. D. *h. t.*—L. 13. § 3. D. *ad Leg. Jul. de adult.* (XLVIII, 5.)

quorum auctoritati parere debent despondendorum personae, consensus sponsalibus adhibitus, etiam nuptiis contrahendis sufficiat [2]; 2) ut sponsus quoque contumeliam sponsae illatam vindicet [3]; 3) ut infamia et eum sequatur, qui bina contraxerit sponsalia [5]; 4) a sponsa etiam admittatur adulterium [5]; denique 5) ex eo jurium genere, quae ad rem familiarem spectant, quaedem a conjugibus translata sint ad sponsum et sponsam [6]. Praeterea 6) et arrhae jacturam plerumque facient, qui temere sponsalia recte contracta deserunt [7]. Quemadmodum autem nati ex sponsa meliore minime utuntur conditione, quam caeteri, qui ex coitu non legitimo concipiuntur [8]: sic etiam ex sponsalibus nulla, nec ad perficiendum matrimonium, nec ad poenam consequendam, jure civili comparata est actio [9]. At eum jure canonico, tum vero multo etiam magis legibus moribusque patriis perfecta nascitur ex sponsalibus obligatio [10], usque adeo, ut in plurium sponsaliorum concursu juris communis regula servanda sit, scilicet ejus esse potentius jus, cujus causa tempore praecedat [11].

§ 509. 3) *Sponsalia quomodo dissolvantur* (*).

Solvuntur sponsalia et interveniente legitimo quodam matrimonii impedimento [1], et morte [2], et biennii vel triennii temporis spatio decurso [3], et existente conditione resolutiva, si qua adjecta est sponsalibus (§ 507. not. 9. 10.), et mutuo dissensu [4], denique repudio, ut quidem proprie vocatur [5], i. e. sponsaliorum renunciatione invito altero facta. Erat autem apud Romanos libera cujusque sponsum aut sponsam repudiandi potestas [6], sic tamen, ut is, qui non ex justa causa nuntium remiserit, aut arrhae ab ipso datae jacturam faceret, aut acceptam cum altero tanto restitueret, praeterquam si minor esset [7]. Eo autem jure, quo hodie utimur, nemini suo arbitrio licet discedere a sponsalibus, nisi

2) Arg. L. 4. C. *h. t.*
3) L. 15. § 24. D. *de injur.* (XLVII, 10.)
4) L. 1. L. 13. § 1. 2. D. *de his, qui not. inf.* (III, 2.)
5) L. 13. § 3. D. *ad L. Jul. de adult.*—Dissent. cum aliis *Gluck* Pand. XXIII. § 1207.
6) a) Vid. infra § 530. not. 8. et 15. et supra § 173. ad not. 12. — b) L. 5. C. *de bon., quae liber.* VI, 61. [— Enim vero quae ibi leguntur, in praeceptorum singularium numero, propter generalem Justiniani sanctionem (L. 8. *eod.*), haberi amplius nequeunt.] — c) L. 3. § 2. D. *de act. rer. amotar.* (XXV, 2.)
7) L. 3. et 5. C. *h. t.* (cf. § seq.).
8) *J. H. Boehmer* J. E. P. Lib. IV. Tit. 5. § 30. —*A. R. J. Bunemann* D. de sponsae partu spurio. Goett. 1753. — *J. F. Eisenhart* D. de nato ex sponsa (opusc. Nr. 3.) et *Schott* Eherecht § 150. — Cf. et *Uihlein* Archiv f. civ. Pr. XIII. Nr. VI. At vero frustra provocant ad juris Romani, tum etiam pontificii decreta, quippe quae de nuptiis citra solemnitatem contractis intelligenda sint (§ 507. in f. et § 512.). Quin potius nobis adstipulantur impp., scilicet adserentes: « Si donationum ante nuptias, vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omissa sit, idcirco minime deesse *recte alias inito matrimonio* firmitatem, vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri. » L. 22. C. *de nupt.*

9) Vid. § 507. not. 11. et add. L. 1. C. *h. t.* — L. 14. C. *de nupt.* — De *ex sponsu actione*, quae olim apud Latinos obtinuit, vid. *A. Gellii* noct. att. IV, 4.
10) c. 10. et 22. X. *h. t.* — Vid. *J. H. Boehmer* Jus eccl. Protest. Lib. IV. Tit. I. § 48—54. et cf. *Thibaut* Pand. § 410. et § seq. not. 10—12.
11) c. un. pr. *h. t.* in 6.—c. 22. 31. X. *eod.* (cf. et T. T. *de sponsa duorum* IV, 4.).—*Schott* Eherecht § 152.

§ 509.

(*) *J. H. Boehmer* J. E. P. Lib. IV. Tit. I. § 140—183.
1) c. 2. 8. 9. X. *de eo, qui cognov. consanguin. uxor.* (IV, 13.)
2) Cf. L. 3. C. *h. t.*
3) L. 2. C. *h. t.*—L. 2. C. *de repud.* (V, 17.) — Cf. L. 16. D. *h. t.*
4) c. 2. X. *h. t.*—Cf. *Glück* Pand. XXIII. § 1203. p. 92—95.
5) L. 191. D. *de V. S.*—L. 101. § *eod.*—Caeter. cf. L. 2. pr. et § 1. D. *de divort. et repud.* (XXIV, 2.)—Cf. *Waechter* über Ehescheidungen p. 60. 61.
6) L. 1. C. *h. t.*—L. 2. C. *de repud.* — Cf. L. 2. § 2. D. *de divort.*
7) L. 5. C. *h. t.* — Cf. et § 507. not. 11. et *de Loehr* Arch. f. civ. Pr. XV. p. 449.

probabilis adsit repudiandi causa, eaque a judice rite confirmata [8]). Causae vero repudii vel legibus definitae sunt [9]), vel judicis arbitrio committuntur, qui quidem ad dissolvenda sponsalia proclivior esse debet, cum tristis atque infortunati conjugii malum impendere animadverterit [10]); contra vero eundem esse oportet religiosiorem ac difficiliorem, si quidem aliud etiam sponsalibus accesserit vinculum, velut concubitus inter sponsum et sponsam [11]), tum etiam jurisjurandi religio [12]). Quotiescunque autem voluntate vel utriusque vel alterutrius desponsorum dissolvenda sunt sponsalia, semper eorum consensus accedat necesse est, quorum auctoritate colligatum est hujusmodi vinculum [13]).

§510. C) *Matrimonium quomodo contrahatur, perficiatur.* 1) *De nuptiali consensu* a) *universim disseritur.*

Ut matrimonium rite contrahatur perficiaturque, haec in unum concurrant necesse est: et nuptialis consensus, id est eorum, qui coeunt, quorumque auctoritati parere illi debent [1]), et juris solemnitas, si qua est legibus praescripta. Nam ut etiam coitus accesserit, jus civile minime requirit [2]). Et consensus quidem cum a libero animi judicio proficiscatur seriaque mentis cogitatione conceptus sit [3]) necesse est, tum vero ita comparatus, ut ipsi incsse nuptiarum votum haud difficulter appareat (§ 512. not. 3.). Jam vero nec in matrimoniis contrahendis ullum esse eorum consensum, in quorum intelligentiam ea, quae aguntur, cadere nullo modo possunt, vix est, quod moneamus [4]). Itemque illud, et vi metuque, et dolo atque errore impediri consensum, eatenus quidem, ut ejus, qui vel coactus sit, vel errore inductus, ratihabitione purgetur vitium [5]). Et metus quidem, quamvis a parentibus illatus, dummodo talis sit, qui etiam in constantem virum cadat, omnino impedit, quo minus sit perfectum matrimonium [6]). At vero doli non cujusvis ratio habenda est, sed ejus tantummodo, qui et causam dedit (§ 537.) matrimonio, et ejusmodi induxit errorem, qui quidem honeste potest ad matrimonii rationem pertinere [7]). Errorem autem

8) c. 13. X. *h. t.*—*Leyser* med. ad Pand. spec. 295. med. 2. 3.

9) L. 5. C. *h. t.* — c. 25. X. *de jurejur.* (II, 24.) — c. 5. X. *h. t.* — c. 3. X. *de conjugio leprosorum.* (IV, 8.)

10) c. 3. X. *de conjug. lepros.* (IV, 8.) — *Voet* comment. ad Pand. Tit. de sponsalib. § 15.—*Leyser* meditt. ad Pand. spec. 295. med. 4—6. 9—11. spec. 296. med. 1. 2. — *Pufendorf* obs. T. I. obs. 162. T. IV. obs. 27. — *C. F. Hommel* Rhapsod. quaest. obs. 400. — *G. S. Wiesand* Pr. de repudio ob metum mali matrimonii (in opusc.).

11) *J. H. Boehmer* J. E. P. L. IV. Tit. I. § 56. —*Leyser* med. ad Pand. spec. 294.

12) c. 10. 12. 16. 17. X. *h. t.* — Cf. *Dabelow* Eherecht § 105.

13) L. 6. L. 10. D. *h. t.*

§ 510.

1) L. 2. D. *h. t.* (XXIII, 2.)

2) L. 30. D. *de reg. jur.*—L. 23. § 13. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.)—Quod quidem longe secus est canonico jure. c. 16. 17. C. XXVII. qu. 2. c. 5. X. *de bigam. non ordin.* (I, 21.)— Cf. *Dabelow* Eher. § 140. — *Glück* Pand. XXIV. § 1222. p. 370 sqq.

3) L. 30. D. *h. t.* «Simulatae nuptiae nullius momenti sunt.»

4) L. 16. § 2. D. *h. t.*—c. 24. X. *h. t.*—Cf. *Apel* de caus. matrim. annull. D. I. S. I. L. 1. p. 75. 76. — At eorum, qui muti sunt et surdi, matrimonia admittuntur. c. 23. X. *h. t.*

5) c. 6. 21. X. *h. t.* — c. 2. X. *de eo, qui dux. in matr.* (IV, 7.)— c. 4. X. *qui matrim. acc. poss.* (IV, 18.)—*Schott* Eher. § 91.

6) L. 14. C. *h. t.* — c. 6. 14. 15. 28. X. *h. t.* — L. 21. D. *h. t.* — c. 3. C. XXXI. qu. 2. c. 11. X. *de desp. imp.* (IV, 2.) — Cf. *Apel* l. l. D. I. p. 53—73.

7) c. un. § 1. 5. C. XXIX. qu. 1. — Arg. c. 3. X. *de cond. appos. in desp.* (IV, 5.) — Nam, ne propter causam matrimonii finem aut naturalem aut legitimum prorsus non attingentem dissolvantur conjugia rite contracta, pariter et honestatis et publici juris ratio impedit.— At vero dissent. scriptores quotquot modo consului omnes. (Cf. v. c. *Hoepfner* Comment. üb. d. Inst. § 111. not. 1. 6.— *Thibaut* Pand. § 405. nr. 6.)

aliunde profectum non aliter esse matrimonii impedimentum placuit, quam si aut personae error sit, aut ad ejusmodi causam pertineat, quae vel sua sponte non sinat esse matrimonium, vel divortiis velut ansam praebeat [8]). Caeterum nuptiarum consensui adjici conditiones publici juris ratio minime patitur; quo tamen facto, illae quidem, quae cum matrimonii natura ac fine pugnant, nullum efficiunt matrimonium, reliqua vero pro non adjectis habendae sunt [9]).

§ 511. b) *Singulatim de aliorum in nuptiis contrahendis auctoritate.*

Non modo ipsae coeuntium personae in nuptias consentire debent, verum hi quoque, quorum in potestate sunt illae [1]), et praeterea cum puellae nubant viduaeque in minore aetate constitutae, licet solutae sint patria potestate, etiam pater earum, eoque non adparente et mater et qui in ea familia sunt propinquiores, ita quidem, ut, si pares sint genere ac moribus competitores, potior is habeatur, quem sibi ipsa elegerit mulier [2]). Quid? quod patris in filiabus collocandis tanta est jure civili auctoritas, ut illo quidem eligente sponsum, filia non habeat dissentiendi facultatem, nisi indignum moribus turpemque pater elegerit [3]). At cum filius a patre dissentiat, nullo modo valent nec sponsalia nec nuptiae [4]). Quod fere contra est in modo ac forma, qua patris fiat consensus, siquidem filiorum matrimonia non recte contrahuntur, nisi patris praecesserit jussus, cum in filiabus eum non contradixisse sufficiat [5]). Quodsi liberis, qui quidem ipsi sibi elegerint sponsum aut sponsam, pater adsentiri nolit citra justam causam, tum a magistratu, ut suam interponat auctoritatem, impetrari poterit [6]). Praeterea ejus, qui vel absens vel apud hostes est, liberi elapso quidem triennio utique recte contrahunt matrimonio; at nec ante illud tempus inita patre accedente irrita fient, dummodo eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubat, cujus conditionem certum sit patrem non repudiaturum [7]). Itemque dementis aut furiosi patris liberi nuptias recte contrahunt absque illius consensu, quippe qui nullus esse possit; uno illo addito velut temperamento, ut et dos et propter nuptias donatio magistratus auctoritate constituatur, scilicet praesentibus tum curatoribus mente capti vel furiosi, tum etiam his, qui in ea familia nobiliores sunt [8]). In reliquis igitur omnibus causis nulla sunt matrimonia citra

8) c. 24. X. *h. t.* — c. 4. X. *de conj. servor.* (IV. 9.) — c. un. C. XXIX. qu. 1. — (Ubi, praeter alia, haec leguntur (§ 5.): « Quae nubit pauperi, putans illum esse divitem, non potest renuntiare priori conditioni, quamvis erraverit. — *Similiter qui ducit in uxorem meretricem, vel corruptam, quam putat esse castam, vel virginem, non potest eam dimittere et aliam ducere.* » — Secus ex jure Mosaico Deuter. c. 22. § 14 — 21. — Vid. *Michaelis* mos. Recht II. § 92.) — Cf. *Schott* l. l. § 89. — *Apel* D. I. p. 77—90. — *Glück* Pand. Bd. XXII. § 1193. p. 432—439.

9) c. ult. X. *de condit. app. in desp.* (IV. 5.) — Cf. c. 3. *eod.* et c. 11. X. *de transactionib.* (I, 36.)

§ 511.

1) Pr. I. *h. t.* — L. 2. D. *eod.* — L. 16. § 1. D. *eod.* — (§ 7. I. *de adopt.*)

2) L. 18. C. *h. t.* (V. 4.) — Cf. *Glück* Pand. XXIII. § 1196. not. 65.) — L. 20. *eod.*

3) L. 12. § 1. D. *de sponsal.*

4) L. 13. D. *de sponsal.* — L. 12. C. *h. t.* — *Hasse* l. l. p. 125 sqq.

5) Pr. I. *h. t.* — L. 7. § 1. D. *de sponsal.* — L. 5. L. 25. C. *h. t.* (cf. § 99. nr. 1. not. 4.). — Caeter. vid. *Schrader* in Prodr. corp. j. civ. p. 292. in not.

6) Ultra etiam progreditur jus Rom. Non « qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint, ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione Divorum Severi et Antonini per Proconsules, Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare. *Prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit.* » L. 19. D. *h. t.* — Cf. *Bynkershoek* obs. IV, 13. — *Heineccius* ad L. Jul. et P. P. II. c. 20.

7) L. 9. § 1. L. 10. D. *h. t.* — L. 11. *eod.* — Cf. L. 12. § 3. D. *de capt. et postlim.* (XLIX, 15.)

8) Pr. I. *h. t.* — L. 28. C. *de episc. aud.* — L. 25. C. *h. t.* — Cf. *Hoepfner* Comment. § 112. not. 6.

patris auctoritatem contracta [9], nisi quod ratihabitione patris subsecuta perinde omnia plerumque habenda sunt, ac si statim ab initio ratum ac legitimum constitisset matrimonium [10].

§ 512. 2.) *Nuptiarum solemnitas.*

Ut rite constituantur nuptiae, nulla jure civili (si ab iis discesseris formis quibus olim in mariti manum conveniebat uxor) generatim sancita est solemnitatis observatio [1], dummodo nuptialis consensus [2], qui quidem et honore atque affectione maritali et vitae domesticae communione maxime cernitur [3], certis indubitabilibusque signis cum per se appareat, tum vero, quonam ex tempore coeperit, satis intelligi possit. Ac hujus potissimum rei significandae gratia uxoris deductionem in mariti domum Romae fieri consuevisse, maxime credibile est [4]; quae quidem et absente marito, nuntio interveniente, poterat celebrari [5]. Noluit tamen Justinianus ratas esse illustrium nuptias, nisi dotalia scriberentur instrumenta [6]. Neque vero, quae pontificum decretis nuptiis contrahendis scriptae sunt solemnitates, eam habuerunt vim, ut, illis non observatis, irrita fierent matrimonia [7]. Quae quidem et Tridentini concilii praeceptis [8], et eo, quo utimur, jure longe secus omnia sunt [9].

§ 513. II. *Matrimonia quomodo dissolvantur* (*), A) *ipso jure, tum annullatione.*

Triplici ex causarum genere fit, ut dissolvantur matrimonia: ipso jure, an-

9) L. 2. L. 35. D. *h. t.* — L. 18. D. *eod.* — L. 7. C. *eod.* — L. 11. D. *de st. hom.* (I, 5.) — Cf. *Ulr. Huber* Digr. Just. P. II. Lib. 1. c. 15. 16. et *Weber* nat. Verb. § 74. not. 9. — De juris canonici hanc in rem decretis, nec non usu forensi, qui nunc quidem obtinet, vid. *Glück* Pand. XXIII. p. 38 — 52. — Cf. et *J. P. de Ludewig* differ. jur. Rom. et Germ. in connubiali imperio consensuque parentum. (Hal. 1721.) Diff. I. c. 2. et supra § 506. Nr. 2. et 3. ibique not. 13.

10) Arg. L. 25. C. *de don. int. V. et U.* (V, 16.) — Vid. et Fragm. juris Vatican. (ab Angelo Majo repertum) § 102. p. 31. — *Hoepfner* Comment. § 112. in f. et supra § 100. not. 3. et in f. context. (cf. supra § 506. not. 9.). — Except. vid. L. 13. § 6. in f. ad L. Jul. *de adult.* (XLVIII, 5.) — Omnino autem dissent. *Glück* Bd. XXIII, p. 35 — 37. De eo vero, quin hodie patris ratihabitio ad tempus initi conjugii retrotrahenda sit, nullo modo dubitandum est. *Ludewig* l. l. Diff. II. c. 7.

§ 512.

1) L. 30. D. *de reg. jur.* — L. 66. pr. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — L. 31. pr. in f. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) (not. 2.). — L. 9. 13. 22. C. *h. t.* — L. 8. pr. L. 11. pr. C. *de repud.* (V, 17.) — L. 24. D. *h. t.* — Neque contraria est L. 24. C. *h. t.* Quam quidem legem optime interpretati sunt Basilicor. auctores, T. IV. p. 249. — Cf. omnino *Hasse* l. l. § 30—36. p. 92—120.

2) L. 30. D. *de reg. jur.* — L. 15. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1.) — Caeter. cf. supra § 510. not. 2. in f.

3) a) L. 32. § 13. D. *de don. int. V. et U.* — L. 31. pr. D. *de donat.* — L. 11. pr. C. *de repud.* — Nov. 22. c. 3. — b) *Hasse* l. l. p. 98.

4) L. 66. pr. *de don. int. V. et U.* — Cf. Vat. Fr. § 96. — Idem et de aliis nuptiarum festivitatibus statuendum esse videtur, v. c. de aqua et igni uxores accipiendi consuetudine (L. 66. § 1. *de don. int. V. et U.* — *Hotomanus* obs. ad vet. rit. nupt. c. 18. (opp. T. I. p. 347.) — Cf. *Ulr. Huber* Digress. Justin. P. II. Lib. I. c. 11 — 13. — *Gluck* Pand. Bd. XXII. § 1191. p. 406. — *Hasse* l. l. p. 111 sqq.

5) L. 5. D. *h. t.* — L. 6. 7. D. *eod.* — *Paulli* rec. sent. II, 19. § 8. — *Hasse* l. l. p. 106 sqq.

6) Nov. 117. c. 4. — Cf. Nov. 74. c. 4. — L. 11. C. *de natural. liber.* (V, 27.) — Nov. 89. c. 8.

7) c. 1 — 6. C. XXX. qu. 5. — c. 3. § 2. X, *de clandest. desponsat.* (IV, 3.) — Cf. § 507. not. 14. 15.

8) Conc. Trident. Sess. XXIV. c. 1. de reform. matrim.

9) *J. H. Boehmer* Jus. eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 3. § 38 — 50. — *Scholl* Eherecht. § 158 — 167.

§ 513

(*) Dig. (XXIV, 2.) *de divortiis et repudiis.* — Cod. (V, 17.) *de repudiis (et judicio de morib. sublato).* — Tit. X. (IV, 19) *de divortiis.* — *d'Avezan* Tr. de matrim. c 39 — 43. (*Meerm.* thes. IV. p. 350 sqq.). — *Leyser* medit. ad Pand. sp. 313—316. — *K. Waechter* über Ehescheidungen bei den Römern. Stuttg. 1822. 8. — *Hasse* l. l. § 40—57. p. 129—205.

nullatione, ut dicitur, divortio. Atque *ipso jure* matrimonia morte dissolvuntur, eaque aut naturali aut civili [1]). Quemadmodum autem de eo, num praeterea ipso jure dirimantur matrimonia, jam apud veteres dubitatum est [2]): sic nostris quidem moribus id fieri nullo modo posse, certo constat. — *Annullationem* vocant matrimonii, quoties jam statim ab initio nullius fuisse momenti matrimonium judicis sententia declaratur, eaque aut ex mero judicis officio profecta, scilicet propter impedimenta juris publici, aut ipsorum, qui coierunt, vel utriusque vel alterutrius voluntate excitata, siquidem ejusmodi sit vitium, quod libero privatorum consensu tolli purgarique potest [3]).

§ 514. B) *Divortio;* 1) *e juris civilis et maxime Justinianei ratione.*

Divortium est justi matrimonii dissolutio, quae vivis conjugibus fit. Et divortiorum faciendorum libera aliquamdiu Romae fuit conjugum potestas [1]), donec modus certus certique limites hac quoque in re obtinuerunt. Nam cum bona quidem gratia dissolvere matrimonia antea liceret conjugibus [2]), Justinianus ejusmodi fieri divortia nisi ex causa probabili noluit [3]). Ac multo etiam severius jam pridem in eos animadversum est, qui non ex utriusque consensu diverterent, scilicet tali non allegata causa ac probata, propter quam id leges fieri permitterent [4]). Neque vero aliis nisi imperfectis legibus divortiorum licentia coercita est, id est, poenis tantummodo incommodisque propositis ei, qui contra legum istarum praecepta faceret, rato caeteroquin manente divertentium arbitrio [5]). Unum illud desiderabatur, ex justa ac consueta forma fierent divortia [6]), consentientibus praeterea parentibus, quorum in potestate essent conjuges, quive dotem vel donationem propter nuptias aut dedissent aut suscepissent [7]).

§ 515. 2) *E canonico eoque, quo utimur, jure.*

Contra vero canonicum jus matrimoniorum recte contractorum vincula dis-

1) L. 1. D. *h. t.* — L. 12. § 5. D. *de capt. et postlim. revers.* (XLIX, 15.) (cf. L. 6. D. *h. t.* — Nov. 22 c. 7. — Nov. 117. c. 11. — *Hasse* l. l. § 55. p. 97 sq.). — L. 32. § 6. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — L. 56. D. *sol. matrim.* — (Caeter. vid. L. 1. C. *h. t.* — L. 24. C. *de don. int. V. et U.* (V, 16.)

2) L. 67. § 3. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.) — *Theophil.* Paraphr. ad § 2. I. *de nupt.* in f. — Cf. *Cujacius* obs. XXV, 3. — *Hasse* l. l. p. 202. 203.

3) Quibus jure canonico etiam adnumeranda est impotentia coëundi (cf. § 502. not. 4. et *Glück* Pand. XXVI. § 1261.). Ac mirum, quantum cordi fuerit pontificibus, ut fides de isto vitio judici recte fieret: c. 2. XXXIII. qu. 1. — c. 5 — 7. X. *de frigid. et malefic.* (IV, 15.) — c. 4. X. *de probat.* (II, 19.) (cf. L. 10. C. *h. t.* — Nov. 22. c. 6.). — *J. H. Boehmer* Jus eccl. Pr. Lib. IV. Tit. 15. § 23—35. — *Apel* de causis matrim. annullandi Disp. secunda.

§ 514.

1) *J. G. Heineccii* antiq. Rom. synt. Append. Lib. I. c. 1. § 44 — 46. — Cf. *Klenze* Zeitschr. f. histor. R. W. VII. Nr. 11.

2) L. 9. C. *h. t.* (cf. L. 62. pr. *de don. int. V. et U.* — L. 6. D. *h. t.* — Nov. 22. c. 7.). — *Waechter* l. l. p. 225 sq. Qui quidem ea divortia, quae bona gratia fieri dicebantur, restrictius interpretatur, quam et vocabuli sensus et legem ipsarum argumenta ferre posse videntur. — Cf. et *Zimmern* R. G. Pars II. § 155. p. 568. Nr. 3. — Vid. inprimis et L. 9. C. *h. t.* coll. cum L. 5. D. *h. t.* et L. un. § fin. C. *de rei ux. act.* (V, 13.).

3) Nov. 117. c. 10. — Nov. 134. c. 11. — Jus vetus restituere conatus est Justinus minor Nov. 140.

4) Causas repudii justas cognoscere vel maxime licebit ex L. 8. § 1. 2. 3. L. 11. § 2. C. *h. t.* — Nov. 22. c. 15. 16. — Nov. 117. c. 8. 9. 12. 15. (cf. L. 60. § 1. L. 61. D. *de donat. int. V. et U.*). — Nov. 123. c. 40.

5) L. 8. § 4. 5. L. 11. § 1. 2. C. *h. t.* — Nov. 22. c. 15. in f. et c. 16. pr. — Nov. 117. c. 7. 9. 13. (cf. infra § 540.

6) L. 2. § 1. L. 9. D. *h. t.* — L. un. in f. D. *unde vir et uxor.* (XXXVIII, 11.) — L. 43. D. *ad L. Jul. de adult.* (XLVIII, 5.) — Cf. L. 5. D. *h. t.* — L. 4. *eod.* — *Zimmern* l. l. p. 569.

7) L. 32. § 19. D. *de donat. int. V. et U.* — L. 5. C. *h. t.* — Nov. 22. c. 19. — Cf. L. 4. C. *h. t.* — *Ulr. Huber* Digr. Justin. P. II. Lib. I. c. 18. nr. 3. — *Glück* Pand. XXVI. § 1259*b*.

solvi omnino non patitur, sed id tantummodo permittit, ut certis ex causis conjuges separentur, publica scilicet auctoritate, atque ita, ut alteri non liceat, vivente quidem altero ad nova properare matrimonia [1]); quam separationem a toro et mensa solemus nuncupare. Quod licet suum protestantes non fecerint jus, nec tamen umquam libero conjugum arbitrio divortia fieri passi sunt, ne tum quidem, cum bona gratia discedere vellent conjuges; igitur semper judicis sententia interveniat necesse est, eaque justa subnixa causa ac gravi [2]). Quodsi aut levior duntaxat divortii causa adpareat, aut spes adsit haud improbabilis, fore aliquando, aut in gratiam secum redeant conjuges, tum item judicis auctoritate separatio a toro ac mensa fieri solet, eaque plerumque ad tempus duntaxat[3]). Sin mero aliquo casu alter conjugum vitio aliquo affectus fuerit ejusmodi, quod per se quidem efficiat, ut repudium mitti queat, tamen retinere eum ac ferre alter necesse habet [4]), dummodo et ferendus omnino sit, qui infortunio isto laborat, nec tale sit vitium, quod fini matrimoniorum legitimo prorsus adversatur [5]).

TIT. II. DE MATRIMONII VI ATQUE EFFECTU.

§ 516. 1) *De jure conjugali, qua ad personas potissimum spectat*, A) *ipsorum conjugum.*

Jura ex matrimonio rite contracto orianda, personalia illa quidem, ad personas aut ipsorum conjugum aut liberorum proxime spectant. Priora illa, ex quo quidem orbitatis coelibatusque poenae sublatae sunt [1]), jam toto genere in iis juribus officiisque versantur, quae vicissim intercedunt inter conjuges [2]). Eaque vel communia sunt utriusque conjugis vel alterutrius propria. I. Communia et jura et officia haec sunt : 1) ut vitae individuae consuetudinem semper colant conjuges ac tueantur, non modo in prosperis rebus, verum etiam in adversis atque adflictis [3]); 2) ut debitum conjugale, ut quidem prae caeteris vocatur, mutuo sibi reddant, dummodo ne praeter modum illud exigatur [4]); 3) ut fides conjugalis sancte servetur atque inviolate [5]); nec omnino 4) quidquam fiat, quod

§ 515.

1) c. 1. 2. 4. 5. X. *h. t.* — c. 3. *eod.* — c. 1 — 10. et 28. C. XXXII. qu. 7. — c. 2. 7. X. *eod.* — Caeter. vid. *Glück* Pand. XXVI. p. 467. et not. 26.

2) *Thibaut* Pand. § 425. — *Glück* Pand. XXVI. § 1263*a* — 1268. p. 376—464. — § 1271. p. 474. sqq. — Cf. *Gensler* Archiv für civilist. Praxis II, 3.

3) *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. Lib. IV. Tit. 19. § 49. — *Glück* l. l. § 1269—1270.

4) c. 18. C. XXXII. qu. 6. c. 1. X. *de conjug. leprosor.* (IV, 8.) — L. 8. D. *de sponsal.* — L. 16. § 2. D. *de R. N.* (XXIII, 2.) — L. 22. § 7. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.)

5) L. 22. § 7. *sol. matrim.* — *J. H. Boehmer* Jus. eccl. Pr. Lib. IV. Tit. 8. § 2 sqq. — *Leyser* l. l. p. 315. — *Apel* l. l. § 3.

§ 516.

1) T. T. C. *de infirmandis poenis coelibatus, et orbitatis et de decimariis sublatis.* (VIII, 58.) — *De jure liberorum* (VIII, 59.).

2) Quorum quidem persequendorum causa, licet nulla conjugi adversus conjugem jure civili prodita sit actio, praeter eam, quae est de uxore exhibenda, tamen judicis officio alteri adversus alterum officia sua detrectantem succurri solet. — Cf. c. 6. X. *de adult.* (V, 15.) — Cf. *Westenberg* de caus. obligat. Diss. VIII. c. 2. § 18—21. — *Schott* Eherecht § 180. not. *.

3) § 1 I. *de patr. pot.* — L. 1. D. *de ritu nupt.* (XXIII, 2.). — L. 22. § 7. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) — *Eisenhart* Erzähl. bes. Rechtshändel Bd. IX. Nr. 13. — Caeterum vid. L. 1. 2. 3. C. *ne uxor pro marito vel maritus pro uxore conveniatur.* (IV, 12.)

4) Exod. XXI, v. 10. — I. Corinth. VII, c. 3—5. (*Michaelis* Mos. Recht Bd. II. § 218.). — c. 3. C. XXXII. qu. 2. — c. 5. C. XXXIII. qu. 5. c. 11. *de eo, qui cogn. consanguin. uxor.* (IV, 13.) — Vid. et *Glück* Pand. XXIV. p. 379. 380.

5) L. 13. § 5. D. *ad L. Jul. de adult.* (XLVIII, 5.) — Nov. 117. c. 9. § 5. — c. 4. C. XXXII. qu. 4.

dignitati et honori adversetur matrimoniorum[6]); denique 5) inter mutua conjugum jura haud immerito referenda etiam est successio ab intestato praetoria [7]). II. Maritus jure suo postulat 1) ut reverentiam ipsi exhibeat uxor atque obsequium [8]); quae quidem res efficit, ut mariti domicilium uxor sequi necesse habeat [9]), minime vero injuriose adversus illam agendi potestatem tribuit marito [10]). 2) Alterum est mariti jus, domesticas operas, tum etiam in suis ipsius rebus adjutorias exigendi ab uxore [11]). Praeterea 3) de uxore exhibenda ac ducenda adversus ipsum etiam patrem, cujus forte in potestate illa sit, agere maritus potest [12]); nec non 4) citra mandatum in causis litibusque ad uxorem spectantibus intercedendi habet facultatem [13]), tum vero etiam 5) propter injuriam uxori illatam agere suo nomine potest [14]). III. Jura autem uxoris propria hisce continentur: 1) Foro utitur mariti, tum dignitatis ac privilegiorum, quibus ille quidem gaudet, particeps est ac socia [15]), eaque etiam quoad vidua erit retinet [16]). 2) Jure petit, ut alimenta omninoque ea, quae ad vitae cultum ac necessitatem spectant, exhibeantur sibi a merito [17]). 3) Adversus aliorum injurias defendere uxorem, ad officium pertinet mariti [18]). Denique 4) latius patet uxoris jus, succedendi intestato conjugi, quam mariti [19]).

§ 517. B) *De jure conjugali, qua ad liberos spectat.* (*Actio de partu agnoscendo.*) (*)

Quicunque in matrimonio vel nati vel concepti sunt liberi, legitimorum jure censentur [1]), dummodo intra legitimum nascendi spatium editi sint [2]). Ac ne aut ipsorum legitime natorum aut parentum circa eosdem everterentur, diligentissime a juris nostri auctoribus praecautum atque provisum est. Et primo quidem praejudicialem de partu agnoscendo actionem introducendo, quae et uxori et

c. 6. X. *de eo, qui cogn. consanguin. uxor.* — c. 5. X. *de divort.* (IV. 19.)

6) L. 5. D. *rer. amol.* (XXV, 2.) — L. 2. C. *eod.* (V. 21.) — L. 12. in f. C. *de furt.* (VI, 1.) — L. 5. § 2. *de pact. dotalib.* (XXIII, 4) — T. C. (V, 20.) *ne fidej. dot. dentur.*

7) Dig. (XXXVIII, 11.) *unde vir et uxor.*

8) L. 14. in f. D. *sol. matrim.* — L. un. § 7. *de rei ux. act.* (V, 13.) — L. 12. § 1. C. *qui pot. in pign.* (VIII, 18.)

9) L. 65. D. *de jud.* (V, 1.) — L. ult. in f. C. *de incol.* (X, 39.) — L. 38. § 3. D. *ad munic.* (L, 1.) (cf. § 195. not. 41.) — *Abr. Kaestner* Pr. quatenus uxor maritum relegatum sequi teneatur. Lips. 1735. — Vid. L. 1. C. *de repud.* (V. 17.) (§ 513. not. 1.). et arg. L. 24. C. *de donat. int. V. et U.* (V, 16). (*verb.*: « nec alieni criminis infortunio adstringi uxorem »).

10) L. 8. § 2. C. *de repud.* — Nov. 117. c. 14.

11) L. 31. pr. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — Arg. L. 48. pr. D. *de oper. libert.* (XXXVIII, 1.) (« nam haec, cujus matrimonio consensit, *in officio mariti esse debet.* ») — *Sam. Stryck* D. de operis uxorum. Hal. 1706. — *Struben* rechtl. Bd. IV, 25.

12) L. 2. D. *de lib. exhib.* (XLIII, 30.) — L. 11. C. *de nupt.* (V, 4.) — L. 1. § 5. D. *de lib. exhib.*

13) L. 21. C. *de proc.* (II, 13.)

14) § 2. I. *de injur.* — L. 1. § 3. D. *de injur.* (XLVII, 10.)

15) L. ult. C. *de incol.* (X. 39.) — L. 13. C. *de dignit.* (XII, 1.) — Vat. Fragm. § 104.

16) L. 22. § 1. D. *ad munic.* (L, 1.) — Nov. 22. c. 36. — Caeter vid. L. 12. pr. D. *de sen.* (I, 9.)

17) L. 21. pr. D. *de don. int. V. et U.* — L. 22. § 8. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — Neque vero vicissim maritus ab uxore alendus est. Quod qui affirmant, provocant maxime ad L. 29. C. *de jure dot.* (V, 12.) — Sed vid. infra § 531. — Caeter. pacto conveniri potest, ut aut pater filiam, aut ipsa se alat mulier. L. penult. pr. L. ult. D. *de in rem verso.* (XV, 3.)

18) L. 2. D. *de injur.* (XLVII, 10.)

19) Nov. 117. c. 5.

§ 517.

(*) Dig. (XXV, 3.). *de agnosc. vel alend. liberis.*

1) L. 11. C. *de natural. lib.* (V. 27.) — Nov. 89. c. 8. § 1. — De jure veteri accipienda est L. 11. D. *de statu hom.* (I. 5.)

2) Cf. § 205. not. 4 — 7. — De partu dubio, s. de eo, cujus pater incertus est propter matris nimium festinantis vota secunda, vid. *Andr. Alciati* Parerg. IX, 12. (opp. T. IV p. 437 sqq.). — *Gluck* Pand. II § 116. p. 106. 107. not. 1.

ipsis liberis adversus maritum patremve comparata est [3]). Eaque inprimis Planciano nititur SCto, cujus duo fuere capita : alterum de agnoscendis et alendis liberis , iis quidem, qui divortio facto editi essent; alterum de partus suppositi accusatione [4]). Et priori illo, quod vel maxime ad hunc locum pertinet, haec potissimum cauta sunt : ut, si mulier divortio facto gravidam se sciat, hoc intra dies triginta continuos, inde a divortio connumerandos, viro, aut patri, ejus cujus in potestate ille est, denuntiet, qui, si velit, vel custodes mittat ad ventrem inspiciendum observandumque, vel eam non esse ex marito praegnantem contra denunciet [5]). Quodsi facere neglexerit, alere interim necesse habet partum, donec ex se non esse natum probaverit [6]). Sin aut miserit custodes, aut contra denuntiaverit, licet nihilominus alere partum interim cogi possit, tamen a muliere, mariti esse partum asserente, judici fides facienda est [7]). Contra vero, vel prorsus non denuntiante muliere, vel custodes non admittente, statim quidem maritus aut agnoscere partum aut litem ejus causa suscipere necesse non habet [8]), scilicet nihil hoc eis nocituro, qui in utero sunt [9]). Quemadmodum autem mulier etiam post triginta dies denuntiare volens in integrum facile restituetur [10]) : sic nullum partui praejudicium exinde fiet, quod forte intra illos ipsos triginta dies natus sit, etsi nihil hanc in rem definiat SCtum [11].

§ 518.

Quae quidem omnia tum SCto Hadriani temporibus facto, tum vero JCtorum auctoritate ulterius producta sunt, ut, etiamsi vel constante matrimonio, vel post patris mortem, editus sit partus, avo quidem superstite, in cujus potestatem recasurus est, de eo agnoscendo agi possit [12]). Atque ea etiam est hujus praejudicii vis, ut, quidquid de liberorum statu pronuntiaverit judex, id utique jus faciat [13]). Dum autem haec quaeruntur, mulieri, quae quidem SCti praecepta non neglexit, ventris nomine datur bonorum possessio, eidemque alimenta a curatore ventris statuuntur [14]). Item is, qui natus est, cui controversia fiet de legitimo statu, in bona defuncti patris mittetur, scilicet in tempus pubertatis differendo ju-

3) § 13. 1. *de act.* — L. 4. C. *de alend. lib.* (V, 25.) (cf. infra not. 9.).

4) L. 1. pr. D. *h. t.* — L. 1. § 13. D. *de inspic. ventre* (XXV, 4.)—L. 19. § 1. L. 30. § 1. D. *ad L. Corn. de fals.* (XLVIII, 10.)—Cf. L. 1. § 11. D. *de Carbon. ed.* (XXXVII, 10.)

5) L. 1. § 1. 2. 3. 9. D. *h. t.*

6) L. 1. § 4. 12. D. *h. t.* («Quod SCto comprehensum est, si mulier viro denuntiaverit, se ex eo concepisse, et is, cui denuntiatum erit, custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non miserit, neque contestato dixerit, eam ex se praegnantem non esse, ut ei id, quod editum sit, agnoscere sit necesse, non eo pertinet, ut, si quis [*leg.* ut, quasi judicio] agnoscere se filium diceret, suum heredem haberet, quamvis ex alio conceptus sit : quandoque enim, inquit, coepit causa agi, grande praejudicium adfert pro filio confessio patris.» *Hal. quandocunque enim* etc.; *al. quamquam, inquit, cum coepit,* etc. Hinc fortasse leg. *Quandoquidem, inquit, cum coepit* rel. Cf. Basilic. IV. p.751. et supra § 205. not. 5.) L. 1. § 13. *eod.*

7) L. 1. § 11. D. *h. t.* («licebit ei, partum editum ex se negare»).

8) L. 1. § 6. D. *h. t.*

9) L. 1. § 8. 13. 15. D. *h. t.*— L. 9. C. *de patr. pot.* (VIII, 47.) «Nec filium negare cuique esse liberum, SCta de partu agnoscendo, ac denuntiata poena (*Cujac.* leg. *denuntiati* poena), item praejudicium edicto perpetuo propositum, et remedium alimentorum apud Praetorem majori trimo petenti (*al.* petendi, *al.* peti) nomine ejus monstratum, jure manifesto declarent.»— Cf. *Cujac.* obs. XIX, 40. — *Noodt* Jul. Paullus c. 3. (opp. T. I. p. 496 sq.). — *Stever* spec. an patri incomb. onus alendi spurios c. 4.

10) L. 1. § 7. D. *h. t.*

11) L. 1. § 10. D. *h. t.*

§ 518.

12) L. 3. § 1. 2. D. *h. t.*

13) L. 1. in f. L. 3. pr. D. *h. t.* (§ 183. not. 6.).

14) Dig. (XXXVII, 9.) *de ventre in possession. mittendo et curatore ejus.* — *A. Gu. Foerster* de honor. possessione liberorum praeteritor. contra tabulas parentum (Vratisl. 1825. 8.) p. 242—258.

dicio [15]). At vero fraudibus etiam Praetor occurrit mulieris, vel ad alium dolo malo possessionem transferentis [16]), vel calumniae causa, cum ex eo marito se non esse praegnantem probe sciret, bonorum possessionem sibi comparantis [17]). Praeterea et marito consultum est, qui ex se esse praegnantem uxorem adserat, id quidem vel dissimulante vel negante muliere. Cogi etenim illa potest, ut in honestissimae foeminae domo tribus obstetricibus probatae et artis et fidei inspiciendam se praebeat. E quibus, si vel duae praegnantem eam videri renuntiaverint, perinde adhibendi sunt custodes, atque si ipsa mulier id desiderasset [18]). Omnino igitur, sive a mulieris sive a viri parte actio movetur, et venter inspiciendus, et partus, tum ipse etiam infans, observandus est, quippe ad fraudes evitandas. Idque aut secundum ejus regionis, ubi res agitur, mores fiet, aut secundum eum, quem diligentissime Praetor descripsit modum atque ordinem [19]).

§ 519. II) *De jure conjugali, qua ad rem familiarem spectat* (*). — *Totius loci constitutio et summa quaedam praecepta* (**).

Totus hic locus in quatuor commode describitur capita. Primum est de re uxoria, i. e. de dote, (cui quidem prae caeteris rei uxoriae nomen tribuitur [1]), de bonis paraphernis et receptitiis. Quas in causas illa generatim convenit regula: Quaecunque in mariti domo inveniantur, ea, nisi aut contrarium mulier demonstraverit, aut omnium bonorum societas inter conjuges inita sit [2]), existimari, ab ipso esse marito vel patri ejus profecta [3]). — Deinde secundo capite de divortiorum incommodis; tertio vero de iis dicetur, quae damna secundarum nuptiarum vocant; cui etiam adjunctus est de lucris nuptialibus locus. Quarto denique capite de obligationibus ex causis peculiaribus inter conjuges oriendis expositurí sumus, id est de donationibus inter virum et uxorem, de rebus amotis, de pactis dotalibus. Quae quidem pacta, licet plerumque sub matrimonii initium fiant, tamen huic demum loco adsignanda esse putavimus, ideo quod plura iis eaque gravia insunt capita, quae explicari satis dilucide, nisi ea ante intelligantur, quae priori loco a nobis disposita sunt.

15) Dig. (XXXVII, 10.) et Cod. (VI, 17.) *de Carboniano edict.* — L. 5. § 2. D. *h. t.* (cf. § 156. not. 11.). Caeter. vid. L. 3. § 5. D. *eod.* — Cf. omnino de hocce argumento *A. Gu. Foerster* l. l. p. 202—241.

16) Dig. (XXV, 5.) *si ventris nomine in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.*

17) Dig. (XXV, 6.) *si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur.* — L. 5. 6. D. *de his, qui not. infam.* (III, 2.)

18) L. 1. pr. § 1 — 9. D. *de inspiciendo ventre custodiendoque partu.* (XXV, 4.)

19) L. 1. § 10 — 15. D. L. 2 — 4. D. *de inspic. ventre*, etc.

§ 519.

(*) *J. C. Hasse* das Güterrecht d. Ebegatten nach röm. Recht Bd. I. Berl. 1824. (cf. Hall. Allg. Lit. Zeit. Aug. 1824.).

(**) Cf. et *Hasse* l. l. § 7. 8.

1) Vid. v. e. § 29. I. *de act.* — L. un. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.) — Vat. Fr. § 94. 102, 112. — Cf. et *Boethius* in Top. Cic. c. 17. l, 6.

2) L. 16. § 3. D. *de aliment. legat.* (XXXIV, 1.) — L. 1. § 1. L. 2. D. *pro soc.* (XVII, 2.)

3) Arg. L. 51. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) (« Quintus Mucius ait: eum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur, unde habeat existimari, a viro, aut qui in potestate ejus esset [*aut cujus in pot. is esset*] ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Qu. Mucius probasse. » — Cf. *Plauti* Casin. II, 2. v. 26—29.) et L. 6. C. *eod.* (V, 16.) — Quam quidem *Muciana praesumtionem*, ut nunc vocare soleot, ad longe aliam causam olim spectasse, atque eam esse, de qua hic quaeritur, id neminem fugiet. — Cf. *J. F. Eisenhart* D. de regula juris, quod in casu dubio omnia bona mariti esse praesumenda sint, caute adhibenda. Helmst. 1771. — *Glück* Pand. p. 390 sq.

§ 520 A) *De re uxoria* : 1) *Jus dotium* (*). a) *Dotis et notio et species.*

Quaecunque matrimonii causa, id est matrimonii ut inserviant oneribus, marito inferuntur bona, ea appellamus dotem [1]). Possunt autem in dotem dari res omnes, quae quidem ad rem familiarem referri solent, sive corporales sunt sive incorporales [2]), etiam universa alicujus bona [3]). Neque de rerum mobilium instructu, quem *Aussteuer* vulgo vocant, quin in dotis causa sit, dubitari potest, cum, sicut caeteris rebus ad vitae usum necessariis, ita etiam his, de quibus hic quaeritur, se suosque instruere ad mariti onus pertineat : qui quidem attritarum pretia, nisi aestimata dos data sit (infra § 534. Nr. II.), necesse non habet restituere [4]). Caeterum quae a patre proficiscitur dos, vel pro patre datur, profectitia dicitur [5]), sive in patria potestate constituta sit mulier, sive emancipata [6]); quae aliunde advenit marito, vocatur adventitia dos [7]). Quodsi extraneo dotis promissori pater nuptiis nondum secutis heres exstitit, item est profectitia dos sin post nuptias, adventitia [8]).

§ 521. b) *De dotis dandae obligatione.*

Est vero duplex causa, quae dotis dandae obligationem generatim efficiat : altera lex, altera privatorum voluntas. Et lege quidem, secundum juris civilis praecepta, constituere dotem prae caeteris necesse habent pater avusque paternus [1]), etiam emancipatae filiae [2]) ; nonnumquam et mater [3]), ac postremo loco frater, scilicet sorori ex eodem patre natae [4]). Praeterea ex juris mosaici

§ 520.

(*) Dig. (XXII, 3.) Cod. (V, 12.) *de jure dotium.* — *Fr. Hotmani* Disp. de dotibus (opp. T. I. p. 563 — 598.). — *J. G. Geyert* D. de jurib. et obligationib. circa dotem tam ex jure Rom. quam ex praxi germ. Goett. 1785.—*F. G. L. de Meyerfeld* de quibusdam, quae de dote actione reddenda sint, praem. definitione dotis, de rebus aestimatis in dot. datis, de promissa dote, item de nomine in dotem dato, de usufructu in dotem dato disput. Marb. 1826. 8.—*F. W. v. Tigerstroem* das Röm. Dotalrecht Bd. I. Berl. 1831.

1) L. 76. in f. D. *h. t.* — L. 21. § 1. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — L. 20. C. *h. t.* — Cf. *Hasse* Güterr. d. Ehegatten § 79. in f.

2) L. 7. § 2. 3. D. *h. t.* — L. 2. C. *de O. et A.* (IV, 10.) — L. 13. § 10. D. *de her. pet.* (V, 3.) — *Hasse* l. 1. § 72.

3) L. 4. C. *h. t.*—L. 72. pr. D. *h. t.*—Omnino cf. *Tigerstroem* l. l. p. 170—175.

4) Dissent *Glück* Pand. XXIV. p. 434.—L. 10. pr. D. *h. t.*—L. 51. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.)—Cf. et L. 70. D. *h. t.*—*Pufendorf* T. I. obs. 206.—*Struben* I, 33. — Sed. vid. *Thibaut* Pand. § 441.

5) *Ulp.* Fr. VI, 3. — L. 5. pr. § 1 — 7. D. *h. t.* (§ 2. « Quodsi quis patri donaturus dedit, Marcellus—scripsit, hanc quoque a patre profectam esse: et est verum. ») *Hasse* § 91. 92 — Cf. L. 5. § 5. D. *h. t.* (vid. infra § 528. not. 1.).

6) L. 5. § 11. 12. D. *eod.* (« Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profectitiam nihilominus dotem esse, nemini dubitum est, *quia non jus potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit*; sed ita demum, si ut parens dederit. (§ 12.) Papinianus — ait, cum pater curator suae filiae juris sui effectae dotem constituisset, magis eum quasi patrem id quam quasi curatorem fecisse videri.») *Hasse* § 93.

7) *Ulp.* Fr. VI. § 3. (cf. *Schilling* Bemerk. üb. röm. Rechtsgesch. p. 171 sq.). — L. 5. § 11. in f. D. *h. t.* («— si, cum deberet filiae, voluntate ejus dedit, adventitia dos est. » Cf. supra not. 6.). — § 9. *eod.* (« Si quis certam quantitatem donaverit, ita, ut hanc pro filia daret : non esse dotem profectitiam Julianus — scripsit ; obstrictus est enim ut det, aut si non dederit, condictione tenetur.—Esse igitur dotem istam adventitiam Julianus ait : et ita utimur. » Cf. not. 6.).— *de Tigerstroem* l. l. § 4.

8) L. 5. § 14. D. *h. t.*

§ 521.

1) L. 19. D. *de R. N.* (XXIII, 2.)—L. 5. § 8. D. *h. t.*—L. ult. C. *de dotis prom.* (V, 11.)

2) Arg. L. 5. § 11. D. *h. t.* (§ 520. not. 6.). — L. 41. § 11. D. *de leg.* III.—L. ult. C. *de dot. prom.* —Dissent. *Hofacker* Pr. jur. civ. Rom. Germ. § 420. II, 1. — Cf. *Hasse* l. l. § 95.

3) L. 14. C. *h. t.* — L. 19. § 1. C. *de haeret.* (I, 5.)—Vid. *Hasse* l. l. § 99. — *de Tigerstroem* l. l. p. 79 sq.

4) Arg. L. 12. § 3. in f. *de administr. tut.* (XXVI, 7.) (cf. supra § 211. not. 8). — Dissent.

et canonici decretis is, qui virginem aliquam corrupit, ad ducendam eam dotandamque tenetur[5]). Ipsa autem mulier, ut ex suis bonis dotem inferat, nisi ex promisso, cogi plerumque[6]) nequit[7]).

§ 522. c) *Quibus modis dos constituatur.*

Ipsum autem dotis constituendae modum ac rationem ad tres olim Romani formas revocare consueverant: aut dari dotem, aut dici, aut promitti praecipientes[1]). Quam quidem formarum descriptionem ad duo summa genera licebit revocare. Vel enim re ipsa et facto constituitur dos (idque est dare dotem)[2]), vel sola voluntatis professione, quae quidem utraque constituendi ratio et tacite potest significari[3]). Re ipsa his modis: et corporales res in dotem dando, et usumfructum constituendo[4]), et nomina vel delegatione vel cessione in maritum transferendo[5]), et debita accepta ferendo[6]), et jus aliquod delatum repudiando[7]), et dotem solvendo ei, cui maritus vel pater ejus solvi jusserint[8]). Atque in eodem genere est etiam dos marito legata, siquidem eo modo efficitur, ut vel res legata, vel actio legati ipso jure fiat dotalis[9]). Verbis autem duplici modo dos constituitur: et pacto, et citra etiam conventionem nuda pollicitatione, quae quidem in dictionis successit locum[10]). Neque vero ad solam dandi obligationem, ut quidem plerique existimant; referendae sunt hae, quas modo diximus, dotium constituendarum formae, siquidem ipsa petendi obligatio, s. actio ex hujusmodi causis quaesita marito, dotalis efficitur[11]). Igitur et in dotis promissione tacita

Noodt in comment. ad Pand. Tit. de J. dot. (opp. T. II. p. 385.). — *Hasse* l. l. § 100. p. 358 sqq. et *de Tigerstroem* l. l. p. 81 sq.

5) Exod. XXII, v. 16. 17.—Deuter. XXII, v. 28. 29.— c. 1. X. *de adult. et stupr.* (V, 61.)— *J. H. Boehmer* Jus. eccl. Prot. Lib. V. Tit. 16. § 2—13. — *Heise* Grundriss (ed. 3.) p. 135. not. 31.

6) Excepl. vid. L. un. § 1. C. *de raptu virginum* (IX, 13.).— *Marezoll* in *Grolmani Loehrique* Magaz. p. 370 sqq. (nr. 4.).

7) Arg. L. 1. C. *de dot. prom.* (V, 11.)—Dissent. *Leyser* spec. 303. m. 2. 3. nr. 1. et *de Tigerstroem* l. l. § 5. — Caeter. vid. L. 32. § 2. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.) et *Hasse* § 102.

§ 522.

1) *Ulpiani* Fragm. VI. § 1, 2. (cf. *Hasse* Cap. IV. § 73—87.).—Utrum autem *contractus* fuerit dotis dictio, scil. absque interrogationis solennitate celebrandus, an ad id genus verborum obligationis referenda sit, quae sola promissione perficeretur, inter recentiores JCtos quaeri solet. Et hoc quidem affirmant *Hugo* civ. Mag. I. p. 199. (ed. 2.) — *Loehr* in Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. I. p. 227 sqq. (nr. 1.); negant *Heineccius* antiq. II. Tit. VIII. § 6.—*Hasse* l. l. § 82.—*Glück* Pand. XXV. p. 165 sq. (nr. 1.)—*Zimmern* R. G. I. 2. p. 578. nr. 3.— *Schilling* Bem. üb. R. G. p. 225 sqq. — *de Tigerstroem* § 13. 14. — Cf. etiam *Cujacii Schultingii* aliorumque notas in *Ulp.* Fr. VI. § 2. et in *Gaji* Inst. II. Tit. IX. § 3. Vid. et infra not. 10.

2) *Hasse* l. l. p. 260 — 264. p. 321. in f. et 322. init.

3) a) L. 30. 40. 64. D. *h. t.* — L. 19. L. 66. § 5. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — L. 42. § 3. *eod.* — L. 13. L. 63. D. *h. t.* — L. 29. § 1. D. *de pact. dotal.* (XXIII, 4.) — b) L. 59. pr. D. *h. t.* — c) L. 68. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 63. D. *h. t.* et L. 29. § 1. D. *de pact. dot.* (XXIII, 4.) — Vid. omnino *Hasse* l. l. § 131—138. p. 452—474.

4) L. 78. pr. § 1—3. D. *h. t.* — L. 4. D. *de pact. dotal.* (XXIII, 4.) (vid. infra § 528. Nr. II.).

5) L. 2. C. *de O. et A.* (IV, 10.) — L. 49. pr. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — L. 78. § 5. D. *h. t.* — L. 9. § 1. D. *de cond. c. d. c. n. s.* (XII, 4.)—L. 4. § 21. L. 5. § 5. D. *de d. m. exc.* (XLIV, 4.)—*Hasse* p. 254 sqq. nr. IV. — Cf. infra § 528. Nr. I.

6) L. 41. § 2. L. 43. L. 58. § 1. D. *h. t.* — L. 43. § 1. D. *eod.*—*Hasse* l. l. p. 256. Nr. V.— *Hoffmann* civ. Vers. p. 57 sqq. (Nr. III.)

7) L. 14. § 3. D. *de fundo dotali.* (XXIII, 5.) —Caeter. vid. L. 5. § 5. D. *h. t.* et *Hasse* l. l. p. 337.

8) L. 19. 1. 59. pr. D. *h. t.*

9) L. 48. § 1. D. *h. t.*—L. 4. D. *ubi pupill. educ. vel mor. debeat.* (XXVII, 2.)—L. 71. § 3. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV, 1.)—L. 76. D. *h. t.*— *Hasse* l. l. § 88. 89. p. 319—334.— *de Meyerfeld* Diss. laud. p. 57. et not. 27.

10) L. 6. C. *de dotis promissione et nuda pollicitatione* (V, 11.) (cf. L. 4. C. Th. *de dotib.* III, 13.). — *Cujacii* Paratitl. in Cod. V, 11. (ed. Paris. II. opp. prior. p. 175.). — *Hugo* civ. Magaz. I. p. 199. (ed. 2.) et *Loehr* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. p. 229.—Scriptores dissentientes vid. supra not. 1.

11) L. 64. § 6. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.). « Dabit autem, ut ait lex, quod ad eum pervenit. *Pervenisse accipimus, sive jam exegit sive exigere*

inest nuptiarum conditio [12]), et similis fere mariti est observandae restituendaeque dotis obligatio, atque si datione vel numeratione dotis illatio facta esset [13]).

§ 523.

Dotali obligationi conditio vel dies recte adjicitur [14]), dummodo id fiat vel antequam detur, vel in ipsa danda dote, vel, etiamsi posteaquam datum sit, tamen his consentientibus, ad quos quandoque pertineat dos [15]). Igitur etiam id potest convenire, ut alii, quam cui e lege oporteat, constitutio fiat, sive ipsi, qui constituit dotem (quo quidem facto *receptitia dos* dicitur) [16]), sive extraneo, cui jure delegatur maritus [17]). Et extranei quidem, de suo dotem constituentes, legem quam velint doti dicere possunt [18]); quo jure pater, qui ex legis necessitate dotem constituit [19]), non ita libere utitur [20]). Nam 1) non nisi stipulationibus interpositis patres de dote reddenda cavere poterant, cum extraneis nudo pacto legem dicere in ipsa quidem dotis datione liceret [21]). Praeterea 2) quamvis et patri concessum est, initio dotis dandae extraneo delegare maritum, tamen cogi maritus a socero nequit, ut cum suo ipsius incommodo alii dotem stipulanti promittat [22]); quodsi in patris potestate est mulier, patri non nisi adjuncta filiae persona delegandi jus est [23]). Denique 3) id pater provideat, ut ne pactionibus suis jus circa dotem aut minuat, aut evertat, quod adversus maritum hujusve heredes mu-

potest, quia actio et delata est.»—*Hasse* § 74.— *de Meyerfeld* l. l. § 9 — 18. § 21. — Vid. et L. 41. D. *sol. matrim.* «Si pater, ignorans filiam, dotem ex causa promissionis numeravit: non per indebiti condictionem, sed de dote actione pecunia petetur.» *Hasse* § 75. p. 268 — 272. — Neque vero contraria est L. 1. C. *de dote cauta non num.* (V, 15.) « Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit, et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probaturus es. » Vid. enim *Hasse* l. l. p. 287.—Cael. vid. *Hoffmann* in *ej.* et *Fuhr* civ. Vers. (Darmst. 1835.) p. 37 sqq.

12) L. 36. L. 68. L. 80. L. 83. D. *h. t.*—Cf. L 34. *eod.*

13) L. 33. L. 49. D. *h. t.*—L. 30. § 1. L. 44. § 1. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — Vid. infra § 528. not. 10. et § 536. not. 17. 18.

§ 523.

14) Cf. L. 48. § 1. D. *h. t.* — L. 79. § 1. *eod.* — L. 20. *eod.* «Julianus scribit, valere talem stipulationem: cum morieris, dotis nomine tot dari? quia et pacisci soleant, ne a viva [*al.* ea viva] exhibeatur: quod non esse simile accepi: aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit: idque et Aristoni, et Neratio, et Pomponio placet.» Vid. Schol. Basilic. T. IV. p. 507. not. b. i. — Cf. *de Meyerfeld* l. l. § 12. p. 29 sq. et infra § 547. not. 8.

15) L. 7. L. 20. § 1. D. *de pact. dotal.* (XXXIII, 4.) (cf. not. seqq.)

16) *Ulp.* Fr. IV, 5. — L. 31. § 2. D. *de m. c. d.* (XXXIX, 6.)

17) Cf. L. 2. pr. — L. 45. D. *solut. matrimon.* (XXIV, 3.)

18) L. 20. § 1. D. *de pact. dotal.* (XXIII, 4.)

19) Neque vero dubitandum, quin idem in omnes valeat, qui ex legis necessitate dotare necesse habent. Quid? quod his, qui poenae nomine ad dotandum obligantur, nullo modo legem dicere doti licere, certe nobis persuasum est.

20) At nullam esse differentiam inter patrem atque extraneum, initio dotis dandae paciscentem, vulgo existimant, maxime propter generalia verba L. 7. D. *de pact. dotalib.* Sed vid. not. seqq.

21) L. 6. C. *h. t.* « Avia tua eorum, quae pro filia tua in dotem dedit, etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex fide conventionis ad te, si heres exstitisti, transmittere potuit. Nec enim eadem causa est patris et matris paciscentium: quippe matris pactum actionem praescriptis verbis constituit; *patris dotis actionem profectitiae nomine competentem conventione simplici minime creditur innovare.*» (Quae quidem posteriora verba hujus differentiae rationem satis indicant. Nam cum legibus jam erat definita profectitiarum dotium et constituendarum et restituendarum obligatio, consequens fuit, ut non nisi solita stipulationis forma haecce obligatio innovari posset.)

22) L. 2. pr. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) «Soluto matrimonio solvi mulieri dos debet, nec cogitur maritus, alii eam ab initio stipulanti promittere, *nisi si hoc ei nihil nocet.* Nam si incommodum aliquod maritus suspectum habet, non debere eum cogi, alii, quam uxori, promittere, dicendum est.» — Quem quidem locum non nisi ad profectitias dotes pertinere, ex ipsius orationis conjunctione, tum vero ex iis, quae sequuntur, apparet. Nec sane fieri potest, ut ejus, qui ultro dotem constituat, sequi voluntatem necesse non habeat maritus.

23) L. 2. § 1. D. *sol. matrim.* (vid. infra § 532. not. 7. et § 547. not. 13.).

lieribus leges tribuerunt [24]; quae quidem conventiones non aliter ratae habentur, quam si aut ipsa interveniat mulier conventioni, aut patri heres exstiterit [25]. Potest tamen pater cum in suam personam actionem transferre de dote restituenda, tum vero paecisci, ut mortua in matrimonio filia dos apud virum remaneat, dummodo id aut initio fiat dotis dandae, aut certe nondum secutis nuptiis [26]. Quodammodo etiam latius patuit patrum jus, omninoque eorum, qui ex superiori ordine cognati sunt, quam caeterorum, eo quod liberis stipulando utilem dotis repetendae actionem quaerere poterant, cum alioquin delegationibus rite factis hanc in rem opus esset [27].

§ 524. d) *Dotis petitio quomodo fiat.*

Ad consequendam dotem cum olim aut ex promissionum formis [1]) agendum esset, aut ex lege, rei uxoriae actione [2]), Justinianus constituit, ut omnino dotem petentes, sive promissam, sive eam, quae ex lege debeatur, velut ex stipulatu actione uterentur, in quam quidem bonae fidei actionum vim ac potestatem contulit [3]), adjuncta etiam hypothecaria actione [4]). Jam vero promissio de dote inferenda simpliciter atque ab eo facta, qui non est obligatus ad dotandum, prorsus nulla addita lege, unde dotis quantitas definiri queat, nullius est momenti [5]). Sin arbitrio aut promissoris, aut alius, rem esse committendam placuerit, tum simili ratione de dotis quantitate judex statuat, atque in iis fieri solet dotibus, quae ex legibus debitae sunt [6]). Quamvis vero ipsi quidem marito nulla adversus eum, qui aut ex lege dotem debetur aut mulieri eam promisit, comparata est actio [7]), tamen, quoniam pro matrimonii oneribus dotes consti-

24) L. 3. et 6. C. *de pact. convent. tam super dote* rel. (V, 14.) — Quod quidem jus similiter ad omnes pertinere aliquis dicat, propter L. 2. D. *de pact. dotat.* (XXIII, 4.) (« Si convenerit ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus, dos apud virum remaneret, Papinianus Juniano Praetori respondit, morte mariti finito *matrimonio*, neque convenisse videri dotem remanere: *et si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, cum mariti mortalitas intervenit.* ») Jam vero recte viderunt Basilicorum auctores (T. IV. p. 686.), eo potissimum contineri hujus responsi rationem, quod, mortalitate viri interveniente, exitum haberi nequest conventio, quo pactum est, ut apud virum, soluto matrimonio, dos remaneret. — Vid. et not. seq.

25) a) Arg. L. 7. pr. D. *de pact. dot.* (infra § 547. not. 14.) — Inprimis autem notanda est Legis 20. § 1. D. *de pact. dot.* (not. 18.) interpretatio ap. Basilic. Schol., quae ita habet (utor tamen verbis latinis iisque Fabrotianis): « *Pater enim praesente et consentiente filia paciscitur.* » — b) L. 19. D. *de pact. dotat.* (vid. et infra). Cfr. et locus vexatissimus L. 40. D. *sol. matr.* « Post dotem datam et nuptias contractas stipulatus est pater (,) filiae voluntate », (*al.* delend. esse putant commatis signum) « divortio facto dotem dari: si conditio stipulationis impleatur et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat; viva autem filia si agere volit, exceptione submovendus erit. » De quo vid. *Dirksen* civ. Abhandl. p. 410 sq. — Aliter Basilicorum (T. IV. p. 350. L. 40. et Schol. i. p. 397.) auctoritatem secuti *Cujacius* (obs. IV, 21.) aliique (v. c. *Glück* Pand. p. 129—134. h. l. interpretati sunt.

26) a) L. 29. pr. D. *sol. matrim.* — L. 7. C. *h. t.* — b) L. 12. pr. D. *de pact. dotalib.*

27) L. 23. D. *de pact. dotal.* — L. 45. D. *sol. matrim.* — L. 4. et 7. C. *de pact. conv.* (V, 14.) (cf. § 131. not. 3. et § 332. not. 2. et 8.).

§ 524.

1) Vid. not. 3. et L. 6. C. *de dot. prom.* (V, 11.) — Cf. *Hasse* l. l. p. 294.

2) Vid. not. seq. — Cf. L. 19. D. *de R. N.* (XXIII, 2.)

3) L. un. pr. et § 1. C. *de rei ux. act.* (V, 13.) — § 29. I. *de act.*

4) L. un. § 1. C. *de rei ux. act.* — Vid. Basilicorum interpretatio T. IV. p. 542. § 1. et *Theodori* ad h. l. scholion p. 662. not. 2. — Cf. et *Gluck* Pand. XXV. p. 194. not. 59.

5) L. 1. C. *de dot. prom.*

6) L. 3. C. *de dot. prom.* — L. 69. § 4. D. *h. t.* (L. 60. *cod.*). — *J. U. Tappen* Pr. *T. J. Reinhardt* D. de remediis emendandae laesionis ex dote *rel.* Goett. 1741. S. 1. — *Hasse* l. l. § 105. p. 368 sqq. — Cf. et *de Tigerstroem* l. l. p. 177—186. — Cf. et L. 6. § 2. D. *h. t.* et L. un. C. *si adv. dot.* (II, 34.)

7) Dissent. *de Tigerstroem* p. 151.

tuuntur [8]), cogi posse mulierem, dotem, quam exegit, aut marito aut socero inferre, juris rationi conveniens est. Quemadmodum autem et ipsa mulier et pater ejus ex dotis praestandae obligatione rei facti, non nisi in id, quod facere possunt, condemnantur [9]) : sic hi, qui quidem nullo adjecto solutionis tempore dotem sponte promiserunt, hoc tamquam privilegio gaudent, ut *fructuum* atque *usurarum nomine* non ante conveniri possint, quam a matrimonio contracto biennium sit elapsum [10]).

§ 525. e) *De jure dotis constitutae a) generatim spectato.*

Dos in bonis est mariti [1]), ad eumque et fructus dotis pertinent omnes [2]), (catenus quidem, quatenus nec ipsi fiant dotales) [3]), et onera rerum dotalium nomine necessario suscipienda [4]). Quoniam autem soluto matrimonio dos plerumque restituenda est, idque mulieri potissimum ejusve heredibus, ideo non est plenum jus maritorum in dote, eaque et constante matrimonio ipsius uxoris esse videtur [5]); quod quidem naturale uxoris in dote dominium dicunt [6]). Et cum quid, quantumve sit in dote, nihil referat (§ 520.), tum vero maritus ad dotem restituendam obligari possit, etsi nihil vere acceperit [7]), praeterea altera res in alterius vicem cedat [8]), quatenus quidem de ipsius jure mulieris quaeritur [9]) : haud esse inconveniens videtur, ut *juris universitatem* dotem esse dicamus [10]), dummodo

8) Vid. L. 56. § 1. L. 21. § 1. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — L. 20. C. *h. t.* — (Cf. 69. § 6. D. *h. t.*) — *Hasse* § 107. p. 373 sqq. § 74. p. 265. § 88. p. 319 sq.

9) L. 84. D. *h. t.* — L. 17. pr. et § 1. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) — L. 21. L. 22. pr. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 32. D. *eod.* — L. 125. D. *de V. S.*

10) L. ult. § 2. C. *h. t.* — Vid. *Dabelow* Handb. des Pand. R. III. § 275. p. 409 sq. — *Glück* Pand. XXV. § 1237. p. 181 sqq. — *de Tigerstroem* p. 163 sqq. — Dissent. *Wernher* lect. comment. in Pand. T. II. p. 337. et *Hofacker* pr. jur. civ. R. Germ. T. I. § 430. — Omnino autem cf. *C. A. Gottschalk* comm. de dotis tam promissae quam ex lege praestandae usuris ad L. 31. C. *de jure dot.* Berol. 1834.

§ 525.

1) L. 7. § 3. L. 75. D. *h. t.* — L. 9. § 3. D. *qui pot. in pign.* (XX, 4.) — Cf. § seq. not. 2. et 7. — *Loehr* in ipsius et *Grolm.* Magaz. IV. Nr. V. — At non nisi usumfructum cum procuratione penes maritum, dominium autem penes uxorem esse, opinatur *de Tigerstroem* l. l. § 22 sqq., maxime propter L. un. § 5. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.) — Sed vid. infra § 538. not. 11. 12. — Cf. et Vat. Fragm. § 98. in f. — *Auctoris* Cession § 6. not. 91. p. 50. et § 7. not. 128.

2) L. 7. pr. L. 10. § 3. D. *h. t.* (*Glück* Pand. XXV. p. 107 sqq). — a) L. 7. § 12. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) (cf. *Dirksen* civ. Abh. I. p. 409.). — b) L. 7. § 14. L. 8. D. *sol. matrim.* — L. 7. § 13. *eod.* — L. 18. pr. D. *de fundo dot.* (XXIII, 5.) (cf. § 286. not. 9.). — Caeterum sponte excipiuntur, quae omnino non sunt in fructibus : L. 10. § 1. 2. L. 69. § 9. D. *h. t.* — c) L. 77. D. *h. t.*

3) Nam vid. L. 69. § 1. D. *eod.* « Mulier pecuniam sibi debitam a Sejo cum usuris futuri temporis in dote promittenda demonstravit : eas quoque dotis portionem esse, quarum dies post nuptias cessit, rationis est.» — Quam lectionem tuentur Basilicorum auctores (T. IV. p. 525. § 1.), consentiente etiam Scholiaste (p. 616. not. 1.), qui simul indicat, ex L. 4. D. *de pact. dotal.* (infra § 528. not. 17.) repetendum esse verum huj. l. sensum. — Cf. et *v. de Water* (obs. jur. Rom. II, 15.), qui Florentinam lectionem solidis rationibus defendit contra *Cujacium* in Prael. ad Papiniani resp. Lib. IV. (ed. Par. opp. poster. T. I. P. II. p. 160.).

4) a) L. 13. D. *de imp. in res dotal. fact.* (XXV, 1.) — Vid. tamen L. 21. § 4. D. *ad munic.* (L, 1.) (cf. not. seq.). — b) L. 15. *eod.* — c) L. 3. § 1. *eod.* (XXV, 1.)

5) L. 75. D. *h. t.* « Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.» (Cf. et § 527. not. 14.) — L. 30. C. *h. t.* « — cum res et ab initio uxoris fuerint, *et naturaliter in ejus permanserint dominio.*» (Cf. not. seq.)

6) At vid. quae contra scripsit *Hasse* Revision der bisher. Theorie v. d. ehelichen Gütergemeinschaft (Kiel 1808.) § 10. p. 35—46. — Cf. *ejusd.* Güterrecht d. Ehegatten § 69. — De dogmatis autem historia vid. *de Tigerstroem* l. l. § 41.

7) Vid. v. c. L. 49. D. *h. t.* — L. 22. § 1. D. *sol. matr.* — Cf. supra § 522. not. 13.

8) L. 54. D. *h. t.* — L. 22. in f. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) — L. 32. D. *h. t.* — Vid. et L. 12. C. *h. t.* et cf. *de Tigerstroem* p. 257 sqq. ibiq. not. 16—18., tum vero infra § 534. not. 4.

9) Nam vid. infra § 527. not. 17. § 533. not. 6. § 534. not. 6. et § 535. not. 9.

10) Cf. *de Tigerstroem* p. 39—41. (not. 39.). et *Auctoris* diatr. über die s. g. juris und facti universitates in Archiv f. civ. Pr. T. XVII. p. 374 sq. (Nr. 1.)

probe meminerimus, non unam esse eandemque earum rerum naturam, quae eo nomine appellari solent (§ 223. in f.).

§ 526. β) *Singulatim* aa) *in rebus corporalibus in dotem datis.*

Et corporalibus quidem rebus in dotem datis, maritus cum possessionem habet earum rerum, civilem aeque ac naturalem [1]), tum vero etiam dominium [2]). Idque plenum est, cum aut res aestimatae, tamquam ex emto, in dotem datae sunt [3]), aut eae, quae pondere, numero, mensura constant [4]) : quo quidem facto etiam casus periculum spectat ad maritum (§ 534. Nr. I. II.). Licet autem non semper eum in finem fiat aestimatio, ut utique tantundem ex eo genere restituendum sit, tamen id actum esse, dummodo pure contractum sit negotium [5]), plerumque existimandum est [6]). At vero non aestimatae dotis itidem dominium est penes maritum [7]), isque et pro dote usucapit [8]), et res dotales vindicat [9]), et de rebus mobilibus statuendi habet facultatem [10]), aliisque etiam utitur juribus, quae non fere nisi dominis, iisque, qui dominorum similes habentur, tribui solent [11]).

§ 527.

Attamen temperamenta quaedem propter restituendi officium dominio isti addita sunt. Nam nec periculum inaestimatarum rerum ad maritum pertinet [12]), nec omnium omnino jurium, quaecunque sint in dominio, exercitium ipsi concessum est [13]); contra vero jam constante matrimonio uxor nonnullis ita utitur juribus, quasi ad ipsum pertineat dominium [14]). Neque vero in ulla alia re ita circumscripta est dominii licentia, quemadmodum in fundo dotali [15]), quippe quem, licet per universitatem transferatur ad heredem [16]), tamen ne consentiente

§ 526.

1) L. 1. pr. D. *pro dote.* (XLI, 9.) — L. un. C. *de usucop. pro dote.* (VII, 28.) (vid. supra § 265. not. 13.).

2) L. 9. § 1. L. 75. in f. D. *h. l.*—L. 47. in f. D. *de pec.* (XV, 1.) (cf. infra not. 7.).

3) L. 10. pr. D. L. 5. C. *h. t.* — a) L. 10. C. *h. t.* (cf. L. 16. D. *eod.* et § 529.). — b) L. 14. 15. D. *h. t.* — c) L. 66. § 3. D. *sol. matr.* — (Cf. Fr. jur. Vatic. § 114.) — d) L. 12. § 1. D. *h. l.* — Cf. *J. Cujacius* observ. XVII, 1. — A quo dissentit *Tappen s. Reinharth* l. l. (§ 524. not. 6.) § 16 sqq. — e) L. 10. § 6. D. *h. l.* — Cf. *de Meyerfeld* l. l. § 2—8. — *de Tigerstroem* l. l. § 17. et infra § 534. not. 5—7.

4) L. 42. D. *h. l.*

5) L. 21. C. *h. l.* (cf. § 531. not. 8.).

6) L. 5. C. *h. t.* — L. 69. § 7. D. *h. t.* — Vid. *Glück* Pand. XXV. p. 30 — 32. — Dissent. *Leyser* sp. 311. m. 10. et *Muller* obs. ad *Leyser.* 551.

7) L. 13. § 2. D. *de fundo dot.* (XXIII, 5.) — L. 23. in f. C. *h. t.*—L. ult. C. *de servo pign. dato.* (VII, 8.)—Vid. supra not. 2. § seq. not. 17. et *Loehr* l. l. (Magaz. IV, 5.).

8) Dig. (XLI, 9.) *pro dote.* — Cf. *de Tigerstroem* l. l. § 31. et infra § 530. not. 4. 13. et 14.

9) L. 24. D. *rer. amot.* (XXV, 2.) — L. 3. § 1. D. *de publ. in rem act.* (VI, 2.) — Cf. L. 9. C. *de R. V.* (III, 32.)

10) L. 61. § 1. D. *h. t.* — L. 1. et 7. C. *de servo pignori dato manumisso.* (VII, 8.)— L. 3. C. *h. t.* —L. 3. § 2. D. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16.)—Cf. *Hasse* Culpa p. 567. not. b.

11) Velut haec : a) L. 24. D. *rer. amot.*— L. 11. C. *h. t.*—L. 18. in f. D. *sol. matrim.* — L. 49. § 1. D. *de furt.* (XLVII, 2. — b) L. 7. § 1. D. *de fundo dot.* (XXIII, 5.)—c) L. 58. D. *sol. matr.* — d) L. 15. § 3. D. *qui satisd. cog.* (II, 8.) — e) L. 25. § 4. D. *sol. matrim.* — f) L. 1. § 1. D. *de fundo dot.* XXIII, 5. (cf. § seq. not. 16.). — Vid. et Fr. jur. Vatic. § 98.

§ 527.

12) L. 49. § 1. D. *de furt.* — Cf. infra § 535.

13) Velut a) L. 10. § 2. D. *h. t.*—b) L. 32. D. *h. t.* (cf. § 526. not. 2. b.). — c) L. 7. § 12. D. *sol. matrim.*

14) a) L. 7. pr. D. *de fundo dot.* — b) L. 58. D. *sol. matrim.*—c) L. 61. L. 64. § 3. sqq. L. 65. D. *sol. matrim.*—*Cujacius* obs. II, 34.—d) L. 13. § 3. D. *qui satisd. cog.* (II, 8.) — Cf. supra § 525. not. 5.

15) Dig. (XXIII, 5.) et Cod. (V, 23.) *de fundo dotali.*

16) L. 62. D. *de adq. rer. dom.* (XLI, 1.)—L. 1. § 1. D. *h. t.* (XXIII, 5.)

quidem muliere alienare possit maritus [17]). Quae tamen prohibitio non usquequaque locum habet, siquidem certis ex causis fieri potest, ut vel ab initio valeat ejusmodi alienatio [18]), vel postea convalescat [19]).

§ 528. bb) *In incorporalibus rebus.*

Rerum incorporalium praeter hereditatem [1]) duae potissimum jure civili commemorantur species, quae in dotem dari soleant : nomina et ususfructus. Et I) nomina quidem aut cessione aut delegatione fiunt dotalia [2]). Si cessione, tum, nisi acceptum maritus tulerit debitori [3]), penes dantem, eumve, cui dotis restitutio fieri debet, plerumque est periculum [4]); contra vero, si delegatione transferuntur nomina, periculum fere est mariti [5]), praeterquam si aut species debita sit [6]), aut sub conditione dos a mulieris debitore promittatur [7]), aut vir donandi animo passus sit, sibi a mulieris debitore, qui solvendo non erat, dotis inferendae promissionem fieri [8]), denique, si mulieris, omninoque ejus, ad quem dotis repetitio pertinet, jussu acceptam debitori tulerit pecuniam [9]). Quodsi ipse nomina contraxit maritus, tum, siquidem aut socer, aut uxor, aut extraneus, isque donaturus, promiserunt dotem, ad maritum non fere spectat periculum [10]); sin ex pecunia in dotem aut data aut postea conversa [11]) nomina facta fuerint, periculum esse penes maritum, cum et ipsius pecunia sit, conveniens esse videtur [12]). Quomodocunque autem dotalia facta sint nomina, nisi solus nominum ususfructus) fuerit constitutus [13]), semper maritus actiones habebit ad id persequendum, quod in nominibus est [14]). Atque II) ususfructus, sive sit corporalium sive incorporalium rerum, pluribus modis dari in dotem potest. Primum restituendo usumfructum, quem in mariti fundo habebat dotem dans [15]); deinde alieni ususfructus exercitium transferendo in maritum (§ 287.); praeterea proprium marito usumfructum constituendo [16]); denique rem aliquam vel sortem

17) Pr. I. *quib. alien. lic. vel non.* (*Gaji* inst. II. § 63.)—L. un. § 15. C. *de rei ux. act.* (V, 13.) — Cf. L. 5. 6. D. et L. 1. C. *h. t.* — L. ult. C. *de reb. alien. non alienand.* (IV, 51.) (vid. § 118. not. 9.). — L. 16. D. *h. t.* — L. 2. C. *h. t.* — L. 4. L. 12. D. *h. t.*

18) a) L. 1. pr. D. *h. t.*—L. 2. C. *eod.* (cf. L. 13. D. *fam. ercisc.* X, 2.). — b) L. 26. L. ult. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.). (*Glück* Pand. XXV. § 1252. p. 406 — 412.). — c) c. 28. X. *de jurejur.* (II, 24.) c. 2. *eod.* in 6. — d) L. 3. § 1. D. *h. t.*

19) a) L. 17. D. *h. t.* (XXIII, 5.). — L. 42. D. *de usurp.* (XLI, 3.)—b) L. 13. § 4. D. *h. t.* (XXIII, 5.). —L. 77. § 5. D. *de leg.* II. — c) Arg. Nov. 61. c. 1. § 1. et 3. — Vid. *Leyser* sp. 311. m. 3.— Dissent. *Struben* Bd. V. Bed. 100.

§ 528.

1) L. 13. § 10. D. *de her. pet.* (V, 3.) — Cf. L. 5. § 5. D. *h. t.* (supra § 520. not. 5. in f.)—L. 14. § 3. D. *de fundo dot.* (XXIII, 5.)

2) Cf. *Hasse* Culpa des R. R. Cap. XII. nr. 5. p. 572 sqq. — *C. A. Gottschalk* sel. discept. for. T. I. c. 1. (cf. infra § 536. not. 15.).

3) Arg. L. 49. D. *h. t.* (XXIII, 3.).

4) L. 40. pr. D. *sol. matr.* XXIV, 3.—*Gottschalk* l. l. p. 10 sqq. (ed. 2.).

5) Arg. L. 3. C. *de novat. et deleg.* (VIII, 42.)— L. 35. D. *h. t.*

6) L. 56. pr. D. *h. t.* (XXIII, 3.)

7) L. 41. § 3. D. *h. t.*— *Auctoris* Cession (ed. 3.) p. 433. — Vid. et *Hoffmann* civ. Vers. p. 41 sqq.

8) L. 53. D. *h. t.*

9) L. 36. L. 38. D. *h. t.*

10) L. 33. D. *h. t.* (cf. *Auctoris* Cession p. 427. not. 404.).— Caeter. vid. L. 35. L. 49. in f. L. 71. D. *h. t.* « Cum dotem mulieris nomine extraneus promisit, mulieris periculum est : sed si maritus nomen secutus usuras exegerit, periculum ejus futurum respondetur. » — Vid. huj. loci interpr. in ed. *Leeuweniana* not. 68. — Cf. et infra § 536. not. 18.

11) V. c. L. 32. D. *h. t.*

12) Dissent. *Gottschalk* l. l. p. 12.

13) *Auctoris* Cession § 47. p. 447. not. 15. (ed. 3.)

14) L. 2. C. *de O. et A.* (IV, 10.)

15) L. 78. pr. § 1. D. *h. t.*

16) L. 78. D. *h. t.* — *Glück* Pand. XXV. § 1230. p. 7 sqq.

ita tradendo marito, ut fructibus inde perceptis tamquam dote utatur eosque una cum re principali quandoque restituat [17].

§ 529. γ) *Dote evicta vel amissa.*

Dote vel evicta vel amissa, cum id quidem culpa contigerit mariti, non solum nulla est ejus, a quo profecta est dos, ad instaurandam dotem obligatio, verum etiam maritus utique restituere id, quod accepit, necesse habet. Quodsi culpam maritus nullam admisit, a restituendi quidem officio immunis est [1]. At plerumque ne tum quidem agi poterit, ut vel iterum dos constituatur, vel res resarciantur [2], sive casu deperdita sit dos vel amissa [3], sive evicta [4], itemque, sive promissa dos sit, sive ex lege debeatur [5]; praeterquam aut propter dolum dantis, aut ex promissione hoc nomine facta, aut aestimatis rebus in dotem datis, quae quidem posterior causa efficit, ut ob evictas res dotales tamquam ex emto actio adversus eum locum habeat, qui intulit dotem [6].

§ 530. δ) *De dotis constitutione nuptiis nullis vel nondum secutis facta.*

Quamvis sine nuptiis dos esse nequit [1], tamen dote constituta non prorsus

17) L. 4. D. *de pact. dotalib.* XXIII, 4. (« Si convenerit, ut fructus in dotem converterentur, an valeat conventio ? Et Marcelius ait, conventionem non valere: prope enim indotatam mulierem hoc pacto fieri. Sed ita distinguit, ut, siquidem fundum in dotem dederit mulier ita, ut maritus fructus redderet, non esse ratum pactum, idemque esse, et si usumfructum in dotem hoc pacto dedit: quodsi convenisset de fructibus reddendis, hoc est, ut in dote essent fructos, quosquos percepisset, et fundus vel ususfructus in hoc traditus est, non ut fundus vel fructus fieret dotalis, sed ut fructus perciperet dotis futuros, cogendum de dote actione fructus reddere. Erunt igitur in dote fructus, et fruetur iste usuris, quae ex fructibus collectis et in sortem redactis percipi possunt. Ego utrubique arbitror interesse, qua contemplatione dos sit data: ut, si ob hoc ei majorem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia, quae ex usuris redituum colligitur, posse dici conventionem valere: nec enim videtur sterilis esse dos. Finge quadragena annua esse reditus apud eum, qui non reciperet in dotem, nisi hoc convenisset, plus trecentum [*al.* trecentis]: uti boni consuleret [*al.* uti oneri consuleret; vid. *Accursii* Gl. ad h. l.], tam uberem dotem consecutus? Et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret et mulier se suosque aleret tueretur ve, et universa onera sua expediret? quare non dicas conventionem valere?») — *de Meyerfeld* l. l. § 22.

§ 529.

1) L. 49. § 1. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.)—(Vat. Fr. § 94.).

2) *F. G. Conradi* (resp. *Heinzio*) D. de patre, filiam, quae dotem amisit, iterum dotare non cogendo. Lips. 1728. 4. — *Zimmern* in Archiv f. civ. Praxis II, 15. — Dissent. quod quidem ad eorum obligationem attinet, qui ex legis necessitate dotare coguntur, *Thibaut* Pand. I. § 443. in f.

3) Arg. L. 23. in f. D. *de reg. jur.*

4) L. 69. § 7. D. *h. t.* Cui nec repugnat L. 71. D. *de evict.* XXI, 2. (quippe quae de patris jure loquatur, rei ab ipso in dotem datae ejusque evictae nomine adversus venditorem agendi; vid. et L. 75. D. *h. t.*), non magis quam L. un. § 1. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.) Nam quod dicitur: « — et in hujusmodi actione domus ex utroque latere hypothecam — — *rebus dotalibus evictis*, sive ipsae principales personae dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, sive aliae pro his personae » — —, id non ad evictionis praestandae causam, verum ad obligationem hoc nomine recte constitutam referendum est.—Cf. et not. 6.

5) Dissent. quod quidem ad dotem promissam attinet, *Glück* Pand. XX. § 117. p. 98—209. et XXV. p. 78 — 79. Sed vid. nostram Legis 71. D. *de evict.* interpretationem (not. 4.) et scriptores not. seq. alleg.

6) L. 1. C. *de jure dot.* « Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem, seu heredes eorum, condictione, vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem ejus, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio. [Vat. Fr. § 105.] Sin vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio. [Vid. ad haec verba not. 1. in ed. *Spangenb.*] Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit.» — *Thibaut* civilist. Abh. p. 56 — 59. (cf. *Hasse* Güterr. d. Ehegatten § 110—116. p. 385—411.). *de Tigerstroem* l. l. § 8.

§ 530.

1) L. 3. L. 21. 22. L. 41. § 1. D. *h. t.* (XXIII, 3.). —*Hasse* l. l. § 70.—*de Tigerstroem* l. l. § 2.—Cf. L. 23. D. *eod.* «Quia autem in stipulatione non est necessaria dotis adjectio, etiam in datione tantundem ducimus.» Vid. Basilic. T. IV. p. 512.—*Cuja-*

nullum efficitur jus. I) Quoties enim earum personarum nomine, inter quas nuptiae nullae consistere possunt, dos data est, cum nec nomen nec actio dotis sit [2]), is, ad quem ea res pertinet, jure quidem repetet, quod ita datum est [3]). Potest tamen vir pro suo possidendo corporales res usucapere [4]), et dos inutiliter abinitio constituta postea, sublato quidem vitio, velut tacito jure convalescere [5]). Quodsi II) sponso, cui quidem nupta esse mulier potest, dos aut promittitur aut datur, quoniam semper dotibus inest tacita nuptiarum conditio, dotem non esse antequam nuptiae secutae sint, utique constat [6]). Neque vero, dum fieri nuptias speratur, ulla est dati repetitio, nec is, qui delegando dotem constituerit, interim a debitore petere potest pecuniam [7]), denique ne sponso quidem alienandae rei immobilis jus est [8]). At nuptiarum conditione deficiente, quemadmodum repeti plerumque potest, quod datum est [9]) : sic etiam in irritum cadent et acceptilationes et delegationes dotium constituendarum causa factae [10]). Corporalium autem rerum repetitionem quod attinet, non aestimatae quidem condicuntur, nisi nominatim in dote danda cautum sit, ut non ante efficiantur viri, quam nuptiae secutae fuerint [11]); aestimatae vero, cum earum nomine emtio sub conditione contracta esse videatur, vindicantur [12]). Praeterea non aestimatas res, quae quidem eo animo datae sunt, ut statim fiant accipientis, vir potest usucapere, licet non pro dote, sed pro suo [13]), aestimatas vero nullo modo usucapiet [14]). Caeterum quotiescunque mulier id, quod velut in dotem dedit, jure repetit, privilegio adjuvatur exigendi [15]).

§ 531. g) *De dote restituenda* (*). *a) Restitutionis et causae et tempus.*

Soluto matrimonio dos plerumque restituenda est, hoc pacto, ut immobiles quidem res illico reddantur, mobiles autem, nec non incorporales post annum [1]). Quodsi ultra differatur solutio, ex mobilium incorporaliumque rerum aestimatione usurae trientes rependendae sunt, ex immobilibus vero fructus a soluti matrimonii tempore refundendi; ac praeterea etiam pensiones, vecturae na-

cii obs. XIII, 25. in f. et *Schulting* nec non *Smallenburg* ad h. l. T. IV. p. 243.

2) L. 3. L. 30. § 1. D. *h. t.* — *Hasse* l. l. § 71.

3) L. 9. pr. L. 50. § 2. L. 67. D. *h. t.* — L. 3. C. *sol. matrim.* (V, 18.)

4) L. 67. D *h. t.*— Neque contraria est L. 1. § 3. et 4. D. *pro dote.* (XLI, 9)—Vid. *Schulting* in not. ad h. l. (*Smallenb.* T. VI. p. 448.). — *de Tigerstroem* l. l. p. 509.—Vid. *Unterholzner* ausführl. Entwickel. d. Verjähr. Lehre I. p. 390. not. 392. et cf. infra not. 13. 14.

5) L. 39. pr. L. 59. § 2. D. *h. t.* (vid. *Cujac.* obs. XIII, 40. in f.).

6) L. 21. L. 41. § 1. D. *h. t.* — Cf. L. 22. *eod.*

7) a) L. 7. in f. D. *h. t.* (« Doti enim destinata non debebunt vindicari. ») — b) L. 80. L. 83. D. *h. t.*

8) L. 4. D. *de fundo dot.* (XXIII, 5.)

9) Not. 11. 12.—Caeter. vid. L. 11. § 4. D. *quod falso tut. auct.* (XXVII, 6.)

10) a) L. 43. pr. et § 1. D. *h. t.* — b) L. 36. in f. L. 37. D. *h. t.*

11) L. 7. § 3. L. 8. L. 9. pr. *h. t.*—L. 9. § 1. D. *eod.*

12) L. 10. § 4. 5. L. 17. § 1. D. *h. t.*

13) L. 1. § 2. D. *pro dote.* (XLI, 9.) (cf. not. seq.).

14) L. 2. D. *pro dote.*—Vat. Fr. § 111. (cf. supra § 266. nr. 4. et ibi not. 23.).

15) L. 74. D. *h. t.*— L. 17. § 1. L. 18. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.)

§ 531.

(*) Dig. (XXIV, 3.) et Cod. (V 18.) *soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.* — *C. Witte* Abhandl. p. 71 sqq.—*C. L. E. Stemann* de veteris dotis actionum, rei uxoriae atque ex stipulatu differentiis. Kil. 1826. 4. — *de Tigerstroem* T. II. p. 1—425.

1) L. un. § 7. C. *de rei uxor. actione.* (V, 13.) — De jure antiquiori vid. *Ulpiani* Fr. VI. § 8. et ibi *Cujacium Schultingiumque* not. 25—27.

vium vel jumentorum, et quae eorum sunt similia, in restitutionem venient [2]). At vero fieri certis ex causis potest, ut etiam constante [2a]) matrimonio dos aut reddenda aut sequestranda sit. Quo quidem facto, nihilominus fructus in posterum quoque eundem in finem erogandi sunt. cui ut inserviat, data est dos [3]). Praeterea nonnumquam vir, quamvis nullo jure cogente, tamen sine suo damno, dotem mulieri potest restituere [4]). Alioquin, si citra causam legibus comprobatam dos redditur, restituendi obligatio minime tollitur [5]).

§ 532. β) *Petentium personae.*

Dotis repetitionem alii lege, alii conventione habent. Et lege quidem secundum jus antiquius I) mortua in matrimonio muliere 1) profectitia dos ad patrem revertebatur, scil. quintis in singulos liberos relictis penes virum; quodsi pater non erat, apud maritum dos remanebat [1]). 2) Adventitia dos, nisi receptitia esset utique remanebat apud virum [2]). II) Divortio facto, tum vero etiam mariti morte matrimonio soluto, dos, sive profectitia sive adventitia, plerumque uxoris erat, praeterquam quod pater, cujus in potestate uxor esset, filiae adjuncta persona rei uxoriae habebat actionem [3]). Quod quidem jus aliquanto mutatum ac nonnullis in partibus paene conversum est a Justiniano, qui id potissimum agebat, ut mulieri ejusque heredibus, quoad id fieri posset, consuleret, patribus tamen relicto jure, quod antea illis concessum erat [4]). Igitur A) lege repetunt dotem I) mortua in matrimonio muliere, 1) adventitiam quidem uxoris heredes [5]), 2) profectitiam vero pater et post hunc heredes mulieris [6]). Quodsi II) viva illa matrimonium solutum est, utramque dotem, et profectitiam et adventitiam, mulier sui juris facta sola repetet, at in potestate patris constituta, non fere nisi cum patre [7]), isque dotem, quae patri et filiae communis esse dicitur [8]), servare mulieri necesse habet [9]). B) Ex conventione repetunt dotem 1) extraneus,

2) L. un. § 7. C. *de rei ux. act.* — Cf. L. 69. § 2. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.)

2a) De iis, quae sequuntur, cf. inprimis *Francke* über Rückzahlung der dos während der Ehe in Arch. f. civ. Pr. T. XVII. Nr. XVI. et T. XVIII. Nr. 1.

3) L. 22. § 8. L. 24. pr. D. *h. t.* (XXIV, 3.) — L. 29. C. *de jure dot.* (V, 12.) — *Francke* l. l. § 1.

4) L. 73. § 1. L. ult. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — L. 20. D. *h. t.* — *Hasse* in Zeitschr. f. histor. R. W. V. nr. IX. — *Francke* § 2—5.

5) L. un. C. *si dos constante matrimonio soluta fuerit.* (V, 19.) — Nov. 22. c. 39. — Cf. *Francke* l. l. § 5. p. 10 sq.

§ 532.

1) *Ulp.* Fr. VI. § 4.

2) *Ulp.* Fr. VI. § 5. — (Cf. L. 10. § 1. D. *h. t.*, quae ex novissimi juris ratione ad eam causam referenda est, ubi ex conventione dos a marito retineri potest.) — *Stemann* l. l. § 10.

3) *Ulp.* Fr. VI. § 6. — De mulieris heredib. vid. *Ulp.* l. l. § 7. et Val. Fr. § 95. et 97. ibiq. *de Buchholtz* in not. — *Stemann* l. l. § 11. — Cf. infra not. 7—9.

4) L. un. § 4 — 14. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.)

5) L. un. § 6. 13. C. *de rei ux. act.* (V, 13.)

6) L. 6. pr. D. *de jure dotium.* (XXIII, 3.) — L. 4. C. *h. t.* (V, 18.). — L. 26. § 2. D. *de pact. dotal.* (XXIII, 4.) — L. 10. pr. L. 59. D. *h. t.* — L. 6. D. *de collat.* (XXXVII, 6.) — L. un. § 5. C. *de rei ux. act.* — De mulieris heredib. vid. L. un. § 6. C. *de rei uxor. act.* — Caeterum jam inter Martinum et Bulgarum glossatores acriter disputatum est et etiamnum quaeritur: annon liberorum nomine profectitia dos cedat marito eidemque patri? Qua de re vid. *Jo. Sal. Brunquelli* Prolus. de sect. et controv. jur. *etc.* § 17. (opusc. I. p. 322.) — *Wenckii* Vacarius p. 265. et 266. — *Hauboldi* Rogerius Beneventanus p. 11. (nr. 25.). — *Glück* Pand. XXVII. § 1274. p. 205 sqq. — *G. Haenel* dissensiones dominorum p. 40 sqq. (§ 55.) p. 88. p. 441 sqq. (§ 269.).

7) L. 2. § 1. L. 3. D. *h. t.* — L. un. § 14. C. *de rei ux. act.* — L. 22. § 5. D. *h. t.* — L. 31. § 2. *eod.* — Nonnumquam tamen dotis repetitio, sive a patre solo sive a filia facta, vel statim ab initio valebit, vel postea convalescet: a) L. 2. § 2. D. *h. t.* — L. 22. § 6. verb.: *Quodsi is pater sit.* L. 22. § 9. *eod.* — L. 22. § 3. L. 37. D. *eod.* — b) L. 22. § 1. et 6. D. *h. t.* — L. 22. § 10. 11. *eod.* — *Glück* Pand. XXVII. p. 146—151.

8) L. 2. § 1. L. 3. D. *h. t.* — Cf. *de Tigerstroem* l. l. p. 366—375.

9) Nov. 97. c. 5. — Cf. L. 22. § 3. et 6. D. *h. t.*

qui dotem ab ipso profectam sibi quandoque reddi pactus fuerit [10]), praeterea 2) pater, qui, ad ipsum dos ut reverteretur, legitimo modo caverit [11]); denique 3) hi, quibus aut ascendentium conventionibus, aut ex eorum delegatione, ad quos vel lege vel conventione dos redire poterat, rite provisum est [12]).

§ 533. γ) *A quibus petatur dos quibusve remediis?*

Restituenda est dos aut a marito, aut a socero, qui quidem filii nomine eam acceperit [1]), tum etiam ab illorum heredibus, omnibusque, ad quos per universitatem successione patris filiive bona pervenerunt [2]). Et extranei quidem vel ex stipulatu vel praescriptis verbis actione repetunt dotem (§ 523. nr. 1.); patri autem, cui ex lege restitutio facienda est, tum ipsi mulieri eorumque heredibus, velut ex stipulatu actio accommodata est, scilicet utriusque actionis, et rei uxoriae, quae quondam obtinebat [3]), et ex stipulatu in unum conflata vi ac potestate, eatenus quidem, quatenus id utile sit petentibus [4]). Variis praeterea privilegiis succursum est mulieri, ne dote fraudaretur [5]). Nam et vindicatio rerum dotalium, omnium omnino, quae exstent, ei concessa est, et tacita hypotheca, id efficiens, ut reliquis mariti socerive creditoribus, tantum non omnibus, potior habenda sit mulier [6]). At vero retentionis jus, tale quidem, quale mulieri esse tribuendum plerique censent, nullo modo legibus comprobatur [7]).

§ 534. δ) *Quid dotis nomine in restitutionem veniat.*

Est plerumque tanta dos restituenda, quantam accepit maritus, scilicet una cum iis, quae ita accesserunt, dotalibus rebus, ut in dotis causa et ipsa sint [1]); nec ampliorem reddere dotem cogitur maritus, nisi de eo quoque legitimo

10) *Ulp.* Fr. VI, 5. — L. 1. § 1. L. 20. § 1. D. *de pact. dotalib.* (XXIII, 4.)—L. 6. L. 24. C. *de jure dot.* (V, 12.)—L. un. § 13. C. *de rei ux. act.* — Cf. supra § 523. et ib. not. 15. 16. 18. 20.

11) L. 29. pr. D. *h. t.* (XXIV, 3.).—L. 7. C. *de jure dot.*—L. 26. § 2. D. *de pact. dotalib.*—Caeter. cf. L. un. § 14. C. *de rei uxor. act.* et ib. auth. *sed quamvis*, quae quidem ex Nov. 97. c. 5. desumta est.

12) a) L. 23. D. *de pact. dotal.*—L. 45. D. *h. t.* (cf. *Auctoris* Cession p. 67. not. 100.).—L. 7. C. *de pact. convent. tum sup. dote* rel. (V, 14.) — b) L. 1. § 1. D. *de pact. dotalib.*—L. 4. C. *de pact. convent.* rel. (V, 14.) (cf. § 523. atque ibi context. ad not. 21—27.).

§ 533.

1) L. 22. § 12. L. 25. pr. L. 58. D. *h. t.* (XXIV, 3.).—L. 10. C. *eod.* (V, 18.).—Cf. L. 36. D. *de pecul.* (XV. 1.) et Vat. Fr. § 102. ibiq. *de Buchholtz* et *Glück* Paud. XXVII. p. 225 — 227. in not.

2) L. 9. C. *h. t.*—L. 44. pr. D. *eod.*—L. 31. pr. D. L. 2. C. *h. t.*

3) Cf. *de Loehr* Arch. f. civ. Pr. V. p. 191—194. (Nr. I.).—*Stemann* Diss. laud. per tot. ibiq. inprimis § 2—9. § 12—14.

4) L. un. § 2 sqq. C. *de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita.* (V, 13.) —(Cf. L. 46. D. *h. t.*)—*Loehr* l. l. p. 296—298. (Nr. III.).

5) Cf. *Loehr* l. l. p. 294 sq. (Nr. II.) et not. seq. —Caeterum vid. Cod. (V, 20.) *ne fidejussores dotium dentur*, et Cod. (V, 22.) *ne pro dote mulieris bona quondam mariti addicantur.*

6) L. 30. C. *de jure dot.*—L. 12. § 1. C. *qui pot. in pign.* (VIII, 18.) — Nov. 97. c. 3. (vid. et Nov. 109.).—Cf. L. 1. D. *h. t.*—L. 9. C. *de jure dot.* et supra § 173 nr. 3. et not. 12., tum vero § 305. not. 11. c. § 314. nr. 5. § 323. nr. II. 1. b. not. 13. et not. 16.

7) Repetunt vulgo jus istud commentitium e L. 29. C. *de jure dot.* Sed vid. *G. C. F. Linck* üb. das Retentionsrecht der Ehefrauen wegen ihres Eingebrachten in den Concursen ihrer Ehemänner (Rost. 1812.) § 1—6.

§ 534.

1) L. 10. § 1. 2. L. 69. § 9. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.)

modo promissio facta sit [2]). Jam vero I) cum fungibilium rerum in dotem datarum maritus sit dominus itemque debitor, sequitur, ut tantumdem sit ex eo genere restituendum, quantum est datum [3]). At quae ex pecunia dotali comparatae sunt res, et ipsae fient dotales, eatenus quidem, ut soluto matrimonio electio sit penes mulierem ejusve heredes, utrum pecuniam an res emtas persequi malint [4]). II) Simile ut in fungibilibus rebus est in rebus aestimatis mariti cum periculum tum restituendi obligatio [5]); sic tamen, ut ipsas quoque res mulier tum petere possit, cum alio modo satisfieri illi nequit [6]). Quodsi convenit, ut aut aestimatio, aut res praestentur, nec de electione quidquam adjectum est, apud maritum plerumque est eligendi arbitrium, qui, nisi pretium aestimatum restituere malit, et deteriores factas res reddere potest, eatenus quidem, quatenus culpa ipsius non interveniat [7]). Sin taxationis tantum causa, ut quidem vulgo ajunt, aestimatio facta est, proprie sunt res in petitione, nec in cujuspiam est arbitrio aut petere, aut offerre; at debetur pecunia, si culpa mariti res aut perierunt, aut deteriores factae sunt [8]).

§ 535.

At vero III) dote non aestimata utique ipsarum rerum species in restitutionem venient [9]). Quae cum mariti dolo vel culpa aut deteriores factae sunt aut reddi omnino nequeunt, omne damnum eo nomine datum restituendum est his, qui dotis habent repetitionem [10]); culpae autem reus non fiet maritus, dummodo talem rebus dotalibus adhibuerit diligentiam, qualem in suis ipsius rebus exhibere consueverit [11]). Est etiam cum omni causa restitutio facienda [12]). Fructus autem, cum constante quidem matrimonio ad maritum pertineant (§ 525. not 2.), tamen ante matrimonium percepti in dotem plerumque convertendi sunt, nisi si hos quoque mariti lucro cessuros esse nominatim convenerit [13]). At novissimi anni, quo quidem solutum est matrimonium, inter utrumque, et maritum, et eum, cui reddenda est dos, pro rata temporis parte, qua stetit matrimonium, dividendi sunt fructus [14]).

2) L. 66. § 4. D. *h. t.* — L. 1. C. *de don. ante nupt.* (V, 3.)—L. 2. C. *de dote cauta* rel. (V, 15.) —Cf. et L. 7. § 5. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV, 1.) (*de Meyerfeld* l. l. § 3.).

3) L. 42. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) (vid. supra § 526. not. 4.).

4) L. 54. D. *de jure dot.* — L. 22. in f. D. *h. t.* — Cui nec contraria est L. 12. C. *de jure dot.* (V, 12.) non magis quam L. 26. D. *de jure dot.* et L. 21. D. *de pact. dotalib.*—Vid. *H. Donelli* comment. jur. civil. Lib. V. c. II. § 17—22. (ed. *Koenig* Vol. III.) et cf. supra § 525. not. 8. in f.

5) L. 5. et 10. C. *de jure dot.*—L. 10. pr. L. 69. § 8. D. *eod.* — L. 51. D. *h. t.* Evictarum autem rerum nomine vis non tenetur (L. 49. § 1. D. *h. t.* — Vat. Fr. § 94.), nisi ad id restituendum, quod forte consecutus est evictionis nomine: L. 16. D. *de jure dot.*

6) L. 30. C. *h. t.* (cf. § 533. not. 6.).

7) L. 10. § 6. L. 11. D. *de jure dotium.* — Cf. L. 18. D. *de jure dotium.*—L. 66. § 3. D. *h. t.* — Vat. Fr. § 114. — *de Meyerfeld* l. l. § 4. in f. et § 8.

8) Cf. L. 50. D. L. 1. C. *h. t.* — L. 21. C. *de jure dotium.*

§ 535.

9) L. 21. C. *de jure dot.* (V, 12.) — L. 11. D. *h. t.*—L. 78. § 4. D. *de jure dot.*—L. 18. § 1. in f. D. *h. t.* — De cautionibus in harum rerum restitutione fieri solitis vid. a) L. 25. § 1. et 3. D. *h. t.* — b) L. 25. § 4. L. 55. *eod.*

10) L. 25. § 1. 2. D. *h. t.*—Vat. Fr. § 101. — Cf. et infra § 538. not. 3.

11) L. 17. pr. L. 72. § 1. D. *de jure dot.*—L. 18. § 1. L. 66. pr. D. *h. t.* — L. 24. § 5. *eod.* — *Hasse* Culpa § 62. et *ejusd.* op. p. 561—569.—De mariti mora vid. L. 25. § 2. L. 26. *h. t.* — De mulieris mora L. 9. L. 26. *eod.*

12) L. 4. L. 10. § 1. 2. L. 47. L. 65. L. 69. in f. D. *de jure dot.*—L. 31. in f. D. *h. t.*

13) L. 31. § 4. D. *h. t.* — L. 20. C. *de jure dot.*

14) L. un. § 9. C. *de rei ux. act.* (*verb.*: « sed et novissimi anni » *rel.*). — L. 5. et 6. D. *h. t.* —L. 7. § 2. 3. 6. 7—11. D. *h. t.* (« Si mulier, percepta vindemia, statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex Calendis Martiis eundem locaverit, et Calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed

§ 536.

IV) Cum per acceptilationem marito debitori factam dos constituta est, id quod in obligatione fuit, tamquam si traditum esset marito, soluto matrimonio restituendum est, scilicet secundum ea tempora, quibus reddi dotes solent [15]). V) Nominum autem in dotem datorum quemadmodum restitutio facienda sit, jam ex iis, quae de nominibus inferendis supra (§ 528.) exposita sunt, certa ratione colligi poterit. Quoties igitur periculum non spectat ad maritum, neque ipsius aut dolo aut culpa effectum est, quo minus exigi queat pecunia, etsi solvendo non sit debitor, soluto matrimonio tamen sufficiet, ut rursus mandentur actiones ei, cui reddenda est dos [16]). Quodsi mulier aut ipsa dotem promiserit aut heres promissori exstiterit, nullo modo marito poterit imputari, quod non exegerit dotem [17]); sin ab aliis, sive a socero, sive ab extraneo, qui quidem debitor non erat mulieris, facta fuerit promissio, similiter non imputabitur marito, quod non urserit eos ad solutionem, at vero negligentiae poenam non effugiet [18]). Denique VI) quod ad ususfructus dotalis attinet restitutionem, si quidem redditus marito est dotis nomine ususfructus, iterum finito matrimonio constituendus erit [19]). Quodsi aut constitutus est marito ususfructus, aut in ipsum translatus, semper id, quod in causa dotis est, veniet in restitutionem [20]), hoc pacto, ut, si simpliciter ususfructus dotis nomine constitutus est, post mortem mariti nihil praeter principalem rem restituendum sit [21]).

§ 537. ε) *Quid in judicio de dote recuperanda probandum sit.*

Qui dotem sibi reddi postulat, cum de eo ambigitur, num omnino constituta

pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede, quae debebitur, portionem retinebit » *rel.*) — Qua quidem in re quam computandi rationem secuti sint Romani, ex L. 7. § 1. D. *h. t.* intelligere licet. — De quo quidem loco varia est interpretum sententia; cf. Basilic. T. IV. p. 342. 343. et *Dorothei* nec non *Cyrilli* schol. ib. p. 372. 373. — *E. Schrader* comment. de divisione fructuum dotis. Helmst. 1805. — Vid. etiam *Gluck* Pand. XXVII. § 1276. e—k. p. 293—329. — *Hasse* comment. de variis, qui in explananda L. 7. § 1. D. sol. matr. vulgatam interpretationem reliquerunt. Bonn. 1827. — *Idem* in Rhein. Mus. II. p. 1 sqq. — *Schrader* in ephemerid. Tub. VI. p. 219 sqq. — *Goeschen* Grundriss § 693. — Cf. *de Tigerstroem* T. II. p. 162 — 176. — [Vid. et Cod. Nap. 1571.]

§ 536.

15) L. 43. § 1. D. *de jure dot.* — L. 12. § 2. *eod.* — L. 58. § 1. D. *eod.* — L. 77. D. *eod.* — *Hoffmann* l. l. (civil. Vers. p. 58 sqq.).

16) Arg. L. 51. in f. D. *de pecul.* (XV, 1.) — Cf. et Vat. Fr. § 100. — *Auctoris* Cession p. 630. Nr. II. — Neque vero omnino ad hanc nostram causam pertinet L. 43. D. *h. t.*, quippe de nominibus, non in dotem datis, verum dotis restituendae nomine in solutum dandis, satis quidem mendosa lectione, praecipiens. — Cf. Basilic. T. IV. p. 357. et ib. Schol. p. 399. not. 9. — *Bynkershoek* obs. jur. Rom. VII, 2. et not. 16. in ed. *Geb. Sp.*

17) L. 41. § 4. D. *de jure dot.* — L. 66. in f. D. *h. t.*

18) Cf. inter se L. 49. D. *de jure dot.* — L. 30. § 1. D. *sol. matrim.* — L. 33. *de jure dot.* — Vid. et L. 35. D. *de jure dot.* — L. 66. § 6. D. *sol. matr.* — *de Meyerfeld* l. l. § 14. — Omnino autem vid. de arg. proposito *Auctoris* Cession § 38. II. nr. 10. p. 431 sqq. — *Loehrli* Beitr. zu der Theorie d. Culpa p. 207 sqq., et scripta supra § 528. not. 2. proposita, quae quidem, ut inter se sunt discrepantia, ita non prorsus conveniunt cum iis, quae hac de re in contextu a nobis dicta sunt.

19) L. 78. pr. et § 1. D. *de jure dot.*

20) a) L. 78. § 2. 5. D. *de jure dot.* — L. 66. D. *de jure dot.* (vid. § 97. not. 6., add. L. 57. in m. D. *sol. matr.* XXIV, 3. et *Hasse* l. l. p. 252). — Cf. L. 57. D. *h. t.* — b) L. 4. D. *de pactis dotalib.* (§ 528. not. 17.).

21) L. 78. § 3. D. *de jure dot.*

§ 537.

1) L. 1. C. *de dote cauta non numerata.* (V, 15.) — De domesticis testibus (§ 148. not. 6.) his in causis facilius admittendis vid. *Gluck* Pand. XXVII. p. 347 sq.; *eundem*que vid. (p. 349.) de ea quaestione: quatenus jurisjurandi delatione in dote illata fides fieri posset. — Caeter. cf. L. 70. D. *de jure dot.* et L. 85. pr. D. *de reg. jur.* — *Leyser* spec. 320.

sit dos, id primum omnium necesse habet probare [1]). Cui quidem officio satisfecisse videbitur is, qui res aliquas vel pecuniam a muliere pervenisse ad virum probaverit, certe usque eo, donec de contraria inferentis mente legitimo modo judici constet [2]). Neque vero ex eo, quod dotem se accepisse professus est vir, quae quidem dos cauta vocatur, perfecta nascitur atque absoluta restituendi obligatio. Namque cum biennium nondum praeteritum sit a tempore initi matrimonii, intra annum de dote non numerata et queri et excipere potest maritus; post biennium usque ad decennium, intra tres menses; quodsi hoc quoque tempus effluxerit, tum cauta dos tamquam data plerumque reddenda est [3]). Ad mariti autem creditores excludendos ipsius confessio per se quidem sola plerumque non sufficit [4]).

§ 538. ζ) *De iis, quae aut excipiuntur aut vicissim petuntur in causa dotis.*

Praeter non numeratae dotis exceptionem, hae potissimum sunt, quae dotem repetentibus objici solent exceptiones: primum, ut non ultra quam facere possit maritus ejusve pater aut liberi, qui quidem heredes exstiterunt patri, condemnentur [1]); deinde, ut ex pacto dos vel ejus pars remaneat apud maritum [2]). At vero quae olim vel propter liberos, vel propter mores [3]), vel propter impensas [4]); denique rerum aut donatarum aut amotarum nomine fieri solebant retentiones [5]), eas Justinianus partim abrogavit, partim immutavit, scilicet actiones illarum in locum subrogando [6]). Jam vero quod ad impensarum rationem attinet, necessariae quidem [7]) ipso jure minuunt dotem [8]), i. e. universitatem dotis [9]), eaque ratione effectum est, ut non solum retineri dos propter impensas posset, verum

2) Arg. et L. 23. D. *de jure dot.* (vid. supra § 530. not. 1., sed cf. et regulam de antiquior. legum usu supra § 67. not. 4. traditam), et L. 4. C. nec non L. 30. et 70. D. *eod.* — *C. F. G. Meisteri* (resp. *Kraut*) D. de bonis uxoris ex Rom. juris praesumtione non parapheroalibus, sed dotalib. Goett. 1769. — *Glück* Pand. XXV. § 1257. p. 220—231. et XXVII. § 1278. p. 330 sq. — Dissent. *H. G. Bauer* Diss. bona uxoris parapheroalia esse praesumenda. Lips. 1762. — *Hasse* das Güterrecht der Ehegatten I. § 131 sqq. p. 412 sqq. — Atque haud scio, an ad hanc rem definiendam prorsus nihil faciat L. 9. § 3. D. *de jure dotium* (§ 540. not. 3.), quippe qua quaeratur: quo jure accipiantur a marito, quae *praeter dotem* mulier fidei ejus committat.

3) Nov. 100. (cf. L. 3. C. *de dote cauta non num.*). — *Weber* ad *Hoepfnerum* § 834. not. *. — *Glück* Pand. XXV. § 1259. p. 217 sqq. — *de Buchholtz* jur. Abh. Nr. 10. — Cf. supra § 378. et ibi context. ad not. 17.

4) L. 9. pr. C. *de bonis proscriptor.* (IX, 49.) — *Leyser* l. l. med. 1 sqq. — Cf. *Dabelow* ausführl. Entwickel. der Lehre v. Conc. d. Gläub. p. 618. not. o. — *F. A. Weberi* D. de dote a creditoribus impugnanda *rel.* (Rost. 1812.) § 7.

§ 538.

1) § 37. I. *de act.* — L. 12. L. 15. § 2. L. 16. L. 17. § 2. L. 18. pr. D. *h. t.* — L. 20. 21. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — Praeterea cf. a) L. 15. pr. D. *h. t.* — b) L. 12. in f. L. 13. (« sed hoc heredi non esse praestandum »). L. 15. § 1. D. *h. t.* — L. 8. in f. C. *eod.* — Vid. tam. L. 18. pr. D. *h. t.* — L. 27. *eod.* — c) L. 36. D. *h. t.* — d) L. 18. § 1. D. *h. t.* — e) L. 28. D. *h. t.* — f) L. 14. § 1. D. *h. t.* — g) L. 17. § 2. D. *eod.* — h) L. 49. in f. D. *de re jud.* — *Glück* Pand. XXVII. p. 369 sqq.

2) L. 12. pr. D. *de pact. dotalib.* (XXIII, 4.) (cf. L. 2. 7. D. *eod.*). — L. 6. C. *de pact. conv.* (V, 14.) — L. 9. *eod.* § *hoc tamen observando.* — Vid. et infra § 545.

3) *Ulp.* Fr. VI. § 4. in f. § 9—12. — *Schilling* Bem. üb. Röm. Rechtsgesch. p. 369—375. — Cf. et *Stemann* Diss. § 531. not. *. laud. § 7. 8.

4) Dig. (XXV, 1.) *de impensis in res dotales factis.* — *Ulp.* Fr. VI. § 14 sqq. — Cf. supra § 252. et ibi not. 5 sqq. et supra § 525. not. 3. 4.

5) *Ulp.* Fr. VI. § 9 sqq. — *C. J. M. Valett* D. de retentionibus ex dote faciendis. Goett. 1820. 8.

6) L. un. § 5. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.)

7) Cf. L. 4. D. *h. t.* (*de imp. in r. d. f.* XXV, 1.). « Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod, si a marito omissum sit, judex tanti eum condemnabit, quanti mulieris interfuerit, eas impensas fieri. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, etsi male » (i. e. sine effectu; cf. Basilic. T. IV. p. 417.) « res gesta est, non factarum ita, si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur; si non fecerit, deusta ea nihil praestabit. »

8) § 37. I. *de actionib.* (vid. not. seq.). — Cf. L. 2. pr. D. *de dote praeleg.* (XXXIII, 4.) — L. 41. § 1. D. *de leg.* II.

9) L. 1. § 4. D. *de dote praeleg.* (XXXIII, 4.) « — quod diximus, ipso jure dotem impensis minui, *non ad singula corpora, sed ad universita-*

etiam, restitutione facta, condictioni locus esset [10]). Utilium autem nomine retentio quidem non aliter fieri poterat, nisi ex mulieris voluntate factae essent impensae, quo facto et mandati actio ad recuperandas impensas comparata erat, propter ea vero, quae sine mulieris mandato impensa essent, si quidem habebat praeter res dotales, unde solveret, negotiorum gestorum competebat marito heredibusve ejus [10]). Justinianus igitur, dotium retentiones simpliciter prohibens, actiones, quas modo memoravimus, huic rei sufficere voluit [12]); at de voluptariis impensis nihil novi statuit [13]).

§ 539. 2) *De propter nuptias donatione* (*).

Morem, ut videtur, apud Orientales antiquum [1]), velut in dotis remunerationem certam pecuniam constituendi, quae et ipsa matrimonii oneribus inserviat, et eodem soluto mulieribus praebeat, unde se suosque alant: romani imperatores, ut colore romano imbuerent, *ante nuptias donationem* vocarunt, eumque ex sponsalitiarum largitatum jure aestimandum esse censuerunt [2]). Unde etiam effectum est, ut apud acta insinuandae essent ejusmodi donationes, legitimam quidem quantitatem superantes [3]), nec fere stante conjugio fieri possent [4]). Atque id quidem jam a Justino imp. remissum est [5]). Magis autem Justinianus in eo elaboravit, ut suae integritati hoc jus restitueret, cui etiam novum *propter nuptias donationis* nomen tribuit [6]). Jam vero, si in unum omnia colligamus, quae de harum donationum jure, verbosa magis quam dilucida oratione, constituta sunt,

tem erit referendum.» (Cf. Gl. ad L. 5. pr. D. *h. t.* XXV, 1.) — Quamvis igitur non ipsorum corporum dotalium, quatenus quidem per se spectantur, deminutio fit, verum id tantum efficitur, *ut propter necessarias impensas minor sit dotis aestimatio*, unde etiam conveniens est, ut, si una in dote sunt et corpora et pecunia, proxime ad pecuniam dotalem s. ad quantitatem referenda sit deminutio (L. 5. pr. et § 1. D. *h. t.*): tamen nihilominus fieri potest, ut etiam ad corpora deminutio ista pertinere videatur. Nam si v. c. non nisi fundus in dotem datus sit, et, pro parte factis impensis, sensim et pedetentim dotis, i. e. fundi pretium ita imminutum sit, ut, et impensarum et dotis aestimationis inter se compensatione facta, jam nihil amplius in dote esse videatur: tum, licet singulae corporis partes non desierint esse dotales, universitas quidem dotis vere desinit esse in dote, donec refusae sint impensae. L. 56. § 3. D. *de jure dotium.* («— — — Et magis est, ut» [restitutione impensarum facta] «ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.») — Caeterum de hocce argumento vid. *Guil. Best.* diatr. in *G. Oelrichsii* thes. Diss. jurid. in acad. Belg. habit. Vol. I. T. I. p. 197. — *Valett* Diss. iaud. § 2. — *Ejusd.* Abh. aus d. Gebiete d. R. Privatr. I. (Gött. 1824.) nr. 1. — *Glück* Pand. XXVII. § 1281. p. 396 — 425.; qui quidem scriptores nec inter se ipsi, nec nobiscum consentiunt.

10) L. 5. pr. et § 2. D. *h. t.*

11) Cf. L. 7. § 1. L. 8. L. 12. D. *h. t.* et not. seq.

12) L. un. § 5. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.)

13) L. 9. L. 11. pr. D. *h. t.*—L. un. § 5. in f. C. *de rei ux. act.*

§ 539.

(*) *J. G. Heineccii* (resp. *Witzleben*) D. uxor Romana per propter nuptias donationem de alimentis secura. Hal. 1740. — *Pufendorf* obs. jur. univ. II. Nr. XXXIX. — *J. F. Kesii* Pr. de jurib. uxoris in donatione propter nupt. Lips. 1779. — *G. Koch* (Pr. *C. Einerto*) D. de donationib. propter nupt. Lips. 1818. — *Glück* Pand. XXV. § 1242. p. 274 — 319. — *Burchardi* Archiv f. civ. Praxis VIII. Nr. X.—*Warnkoenig* ibid. T. XIII. Nr. I. — *de Loehr* in Arch. f. civ. Pr. T. XV. Nr. XX. et T. XVI. Nr. I. — Cf. *Zimmern* Röm. R. Gesch. § 165. — *Hepp* in ephemerid. Tub. III. p. 141 sqq. et (*Puchta*) ephem. Erl. T. V. p. 290 sqq.

1) Id enim (ut tacite praetermittamus, quae hodieque apud Judaeos observantur) ex eo vel maxime apparet, quod finis, quis sit hujusmodi donationum, non tam declaratur in jure nostro, quam pro certo ac cognito ubique accipitur. — Cf. et *Zimmern* l. l. p. 594. — Caet. vid. et *de Loehr* l. l.

2) Vid. Cod. Tit. *de donationib. ante nuptias, vel propter nuptias et sponsalitiis* (V, 3). — Quae hoc in titulo continentur sedecim priores constitutiones, prorsus alienae sunt ab ea, de qua hic quaeritur, materia.

3) L. 17. et 20. C. *h. t.* (V, 3.). — Vid. *Warnkoenig* l. l. p. 11. nr. c. et infra not. 7.

4) Scil. propterea, quod prohibitae sunt inter conjuges donationes. — L. 1. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — Vid. et § 3. I. *de don.* et not. seq.

5) L. 19. C. *h. t.*

6) § 3. I. *de don.* — L. 20. C. *h. t.*

haec fere efficiuntur : 1) Insinuandarum donationum solennitas uxorum quidem in commodum sublata est [7]. 2) Durante matrimonio res donatae, sicuti dos, licet plerumque [8] remaneant apud virum, tamen quodammodo uxoris sunt [9], et, tamquam antipherna [10], sustentandis matrimonii oneribus inserviunt [11]. Quod jus utilissimum est, marito patrimonium effundente, aliove modo ad inopiam vergente [12]; quare congruenter Justinianus statuit, ut fundum nuptiarum causa donatum *ne consentiente quidem muliere* alienare viro liceret [13]. Praeterea 3) et in casum viduitatis mulieribus propter nuptias donatione consulitur, certe si liberi ex eo matrimonio superstites sunt [14]. At 4) mortua in matrimonio muliere, res donatae apud virum remanent [15], nisi forte is, qui pro viro donationem constituit, sibi easdem pacto recepit [16]. Similiterque 5) per divortium soluto matrimonio, ut dos plerumque ad mulierem revertitur, sic, quod propter nuptias donatum est, vir retinet [17]; nisi hujus ipsius culpa divortium factum est [18]. 6) Quemadmodum autem pactis fieri potest, ut dotem vel partem ejus vir lucretur [19]: sic etiam plus juris mulier, quam ex lege ei concessum est, conventionibus quaerere potest [20]. Cujusmodi pacta cum creberrime fierent, aequitatis causa constitutum est, ut semper ex pactis aequales partes ad utrumque conjugem pertinerent [21]. Atque hinc etiam profectum est Justiniani praeceptum, aequales esse debere dotes et propter nuptias donationes, usque adeo, ut altera vel aucta, vel deminuta, alteram quoque augeri vel deminui necesse sit [22]. 7) Tacita etiam hypotheca mulieribus provisum est, ne juribus privarentur, quae ex propter nuptias donatione aut pacto, aut lege ipsis competerent [23]. Neque vero praetermittendum est 8) dominium rerum, quae aut ex dotibus aut

7) Nov. 119. c. 1.—Nov. 127. c. 2. (vid. L. 31. C. *de jure dot.*). — Cf. *Marezoll* in Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. I. p. 27. et *Warnkoenig* l. l. p. 14. (nr. 3.).

8) Nam vid. L. 29. C. *de jure dot.* (V, 12.) (vid. not. 11. 12.).—Cf. et *Burchardi* l. l. p. 208.

9) Arg. locorum, not. seq. excitantur, et Nov. 61. c. 1. — Cf. et *de Loehr* l. l. T. XVI. p. 5 sqq.

10) L. 20. pr. C. *h. t.* « — quia quasi antipherna haec possunt intelligi, et non simplex donatio ». Vid. et not. seq.

11) At nihil plerumque mulieribus esse juris in antiphernis, antequam solutum sit matrimonium, affirmant *Glück*, *Burchardi* et *Warnkoenig* ll. ll., licet inter se ipsi non una ratione dissentiant. Verum enimvero nulla sane probabilis ratio afferri potest, quare non ex jure praesenti profectum sit, quod legitur L. 29. C. *de jure dotium* : « si maritus ad inopiam sit deductus, mulierem et dotis et propter nuptias donationis exactionem habere, ita tamen, ut licentia ei non sit alienandi res, sed tantum fructibus earundem utendi ad sustentationem tam sui, quam liberorum.» Vid. et a) L. 20. C. *h. t.* « — et ipsi quidem dotis commoda lucrentur, uxores autem *sine nuptiali remedio* relinquantur »; « — et nomine et *substantia* nihil distat a dote ante nuptias donatio » *rel.* — Praeterea b) nisi id agebatur, ut jam statim mulieribus jus aliquod ex hujusmodi donationibus quaereretur, nullo opus erat singulari praecepto, ut etiam stante jam conjugio factae donationes valerent, siquidem conjugalium donationum prohibitio ad eas non pertineret liberalitates, quae in casum aut mortis, aut divortii fiebant (§ 545. not. 16.), morte etiam confirmarentur, quae in viduitatis casum promissa tantum erant; L. 33. pr. D. *de d. int. V. et U.* Nec quicquam faciunt ad hanc refellendam rationem, quae contra disputantur a *Burchardi* l. l. p. 223. — Caeter. cf. et *Warnkoenig* l. l. p. 15 sq.

12) L. 29. C. *de jure dotium.*

13) Nov. 61. c. 1.

14) Arg. Nov. Leonis 20. — Caeterum, utrum rerum antiphernalium dominium apud mulierem fuerit, an ususfructus tantum, quaeritur. Affirmat *Pufendorf* l. l. § 4 sqq.; negat *Burchardi* l. l. p. 212 sqq. (nr. 2.). — Caeter. vid. infra context. ad not. 24. et cf. *Warnkoenig* l. l. p. 20 sqq.

15) Nov. 22. c. 20. § 1.; cf. et Nov. Leonis 20. — *Burchardi* l. l. p. 210 sqq. (nr. II.)

16) L. 31. § 1. in f. C. *de jure dot.*

17) Arg. earum legum, quibus nonnullae excipiuntur causae. Vid. quae sequuntur ex contextu.

18) Vid. infra § 541. not. 3.

19) Vid. supra § 538. not. 2.

20) Vid. not. seqq. — Caeterum ad hanc causam mulieris jus lucrandae p. n. donationis restringendum esse, putant *Glück* et *Warnkoenig* l. l. Sed vid. Nov. Leonis 20. et quae de jure mulieris in antiphernis supra scripsimus not. 9—11.

21) Cf. L. 9. et 10. C. *de pact. convent.* (V, 14.) — L. 20. pr. C. *h. t.* (*verb.* : « Sin autem donatio quidem talis facta sit » *rel.*).—Nov. 22. c. 20. pr. — Nov. 97. c. 1. (not. seqq.). — Vid. et Nov. 2. c. 5. — Nov. 91. c. 2. (*Warnkoenig* l. l. p. 13. nr. f.).

22) Nov. 97. c. 2. — Cf. *Burchardi* l. l. p. 224 sqq. (Nr. VI.)—*Warnkoenig* l. l. p. 26.

23) Nov. 109. c. 1. (cf. L. 12. § 2. C. *qui pot. in pign.* (VIII, 18.) — Nov. 97. c. 3. in f.). — *F. A. Meissner* von stillschw. Pfandr. § 164—166.

ex propter donationibus lucro cedant conjugum, liberis esse servandum [24]), praeterquam quod unius partis, ejusque ex liberorum numero aestimandae, proprietas remaneat apud parentem [25]). — Caeterum de hujus doctrinae usu non una est JCtorum sententia [26]).

§ 540. 3) *De bonis paraphernis et receptitiis.*

Quaecunque praeter dotem mulier habet bona, ea dicuntur paropherna [1]); in quibus nihil est juris marito, praeter illud, quod ipsi commiserit mulier [2]). Jam vero cum parapherna, aut omnia aut quaedam ex illis, mulier ad maritum contulit, primum omnium quid eo nomine inter conjuges actum sit videndum erit. Quodsi de eo nihil certi constat, tum dominium non esse mutatum earum rerum, scilicet ut condici eas soluto matrimonio necesse sit, sed obligationem contractam, velut mandati aut depositi, existimari debet [3]). Praeterea Justinianus nominum causa, quae mariti fidei forte commissa fuerint, ut paraphernorum loco apud eum essent, tacitam mulieri hypothecam in mariti bonis tribuit [4]); quod quidem jus ad alias quoque res vulgo transferunt [5]). Caeterum ex quo in desuetudinem abierunt justae nuptiae, quae ad juris antiqui formam ac rationem contrahi solebant (§ 501. nr. 5.), etiam *receptitia bona*, ut quidem proprie vocata sunt [6]), sua sponte exolevere [7]).

§ 541. B) *Divortiorum incommoda.*

Divortio facto non modo succedendi jus, quod vel lege vel testamento competit conjugibus, perimitur [1]), verum etiam alia praeterea pati incommoda necesse habet is, qui aut sine causa divortium fecit, aut culpa sua causam divertendi alteri praebuit [2]). Nam dote uxor, propter nuptias donatione vir carere coguntur, aut, si nec dos est nec propter nuptias donatio, quartam bonorum partem, quae quidem centum libras auri non excedat, innocenti conjugi inferre [3]). Prae-

24) Nov. 98. e. 1. (cf. supra not. 13.).

25) Nov. 127. c. 3. — *Marezoll* Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. III. p. 103 sqq. (Nr. III.).

26) Cf. *Cujacii* obs. V, 4. — *Heineccii* D. laud. C. II. — *Leyser* med. ad Pand. sp. 305. — *Pufendorf* l. l. § 16 sqq. — *Glück* l. l. p. 308. in f. sqq. — *Burchardi* p. 227 sq. et eph. Erl. T. V. p. 292 sqq.

§ 540.

1) L. 9. § 3. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) (vid. not. 3.).—L. 8. C. *de pact. convent.* rel. (V, 14.)

2) L. 8. C. *de pact. convent.*

3) L. 9. § 3. D. *de jure dot.* « *Caeterum si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα* dicunt, quaeque Galli peculium appellant» (vid. *Jo. Ferd. de Retes* opusc. Lib. V. c. 1. ap. *Meerm.* T. VI. p. 241. et not. 59. ed. *Geb. Sp.* ad h. l.— Vat. Fr. § 112.), « videamus, an statim efficiantur mariti? Et putem, si sic dentur, ut fiant, effici mariti: et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportere, sed condici, *nec dotis actione peti*, ut D. Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt *rel.*»

4) L. ult. C. *de pact. convent.* (V, 14.)

5) Cf. *F. A. Meissner* vom stillschw. Pfandr. § 165.

6) *Gellii* N. A. XVII, 6. — Cf. § 537. not. 2.

7) Sed. vid. *Hoepfnerum* § 130. et ib. *Weber* not. 3.

§ 541.

1) L. un. § 1. D. *unde vir et uxor.* (XXXVIII, 11.) —L. 49. § 6. D. *de leg.* III.

2) Vid. *J. H. Boehmer* de privatione dotis et successionis statutariae ex capite adulterii (exercit. ad Pand. T. IV. Nr. 73.). — *K. Woechter* üb. Ehescheidungen bei d. Römern p. 236—268.

3) L. 8. § 4. 5. C. *h. t.*—L. 11. § 1. 2. C. *eod.*—Nov. 22. e. 15. § 1. in f. et § 2. in f. e. 16. 18. — Nov. 117. e. 8. c. 9.—Num hujus poenae petendae jus heredibus quoque detur atque in heredes? vid. *de Loehr* Arch. f. civ. Pr. VII p. 270 sqq. (nr. 5.). — Quatenus autem prioribus legibus hac de re latis deroget Nov. 117. c. 5. in f., infra dicetur (§ 636.), eo quidem loco, qui est de successione conjugis inopis.

terea alia etiam, pro re nata, sentiet damna [4]), adeo, ut nonnumquam totius rei familiaris jacturam facere necesse habeat [5]). Quae quidem omnia lucro cedunt aut conjugi innocenti, aut liberis, aut utrisque, aut fisco, aut monasterio [6]), in quod certis ex causis mittendi sunt conjuges, quorum culpa factum est divortium [7]). Quin etiam cum sponte inter se conjuges de nuptiis dissolvendis convenerint, damnum non evitabunt, siquidem nunc dotem et propter nuptias donationem, nunc totam patrimonii substantiam aut in liberorum aut in fisci commodum amittunt [8]).

§ 542. C) *De iis, quae damna secundarum nuptiarum vulgo vocant* (*). (*Lucra nuptialia.*)

Secundarum nuptiarum damna incommodaque aut communia sunt utriusque conjugis aut uxoris propria. Et I) illa quidem 1) ad lucrorum nuptialium [1]) spectant jacturam. Vocamus autem lucra nuptialia : quaecunque ex ratione qualicunque, ad matrimonii tamen spectante causam, alter conjugum ex alterius bonis lucratus est, sive sponsalitia largitate id factum sit, sive conjugali donatione, itemque sive testamento lucrum ei obvenerit, sive lege, quo in genere etiam sunt, quae propter divortium alteri eripiuntur, alteri adjiciuntur [2]). Jam vero, cum antea non nisi propter secundas nuptias lucrorum nuptialium jus ac dominium ad liberos transferretur, scil. usufructu penes binubum conjugem remanente [3]), postea constitutum est, ut quaedam eorum jam ipso matrimonii soluti tempore liberis eo modo quaererentur [4]). Nec igitur licuit parentibus, in secundo matrimonio dotis vel propter nuptias donationis diminutionem facere, ne jure suo fraudarentur prioris matrimonii liberi [5]). Praeterea 2) binubus conjux et in totum ea amittit, quae sub viduitatis conditione ipsi relicta sunt [6]), nec 3) secundo conjugi aut donare aut testamento relinquere plus potest, quam ex prioris matrimonii liberis ei, qui minimum capiat [7]). II) Uxores autem iterum nubentes, quamvis post annum, aliorum etiam jurium jacturam facient [8]), quae quidem accuratius commemorare non attinet. At vero majora sentiet damna

4) De eo autem, quod vulgo affirmant : scil. liberos esse apud innocentem conjugem sumtibus alterius educandos, vid. infra § 548. not. 6.

5) Nov. 117. c. 8. § 2. c. 9. § 4. 5. — Nov. 134. c. 10. 11.

6) Cf. loc. in not. 3. et 5. laud. et praeter eos etiam L. 8. § 7. L. 11. § 1. in f. C. *h. t.*

7) Nov. 117. c. 13.—Nov. 134. e. 11.

8) Nov. 117. e. 10.

§ 542.

(*) Cod. (V,9.) *de secundis nuptiis.* — *A. Leyser* med. ad Pand. sp. 300. (de secundis nuptiis.), — *Zimmern* Röm. Rechtsgesch. § 177.—*Goeschen* Grundriss § 712. 713.

1) Vid. *Zimmern* R. R. G. § 178. — *Marezoll* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. III. Nr. V. atque ibid. inprimis p. 01 sqq. (nr. II.).— *de Loehr* in Arch. f. civ. Pr. T. XVI. Nr. IX.

2) L. 3. C. *h. t.* — Nov. 22. e. 30. (vid. et not. seqq.). — *Marezoll* l. l. p. 93 — 97. (nr. 1.).

3) L. 3. et 5. C. *h. t.* — Nov. 2. c. 2. — Nov. 22. c. 23. 24. 26. 30.—Cf. et a) Nov. 2. e. 1.—Nov. 22. e. 25. et 29. (cf. L. 4. L. 5. pr. in f. C. *h. t.*) — b) Nov. 22. e. 21. — c) Nov. 22. c. 46. § 2. 3. — d) Nov. 22. e. 32. — Cf. *Puchta* System des gem. Civilr. p. 245. Nr. 1.

4) a) Nov. 98. e. 1. (cf. Nov. 127. e. 3. et supra § 530. not. 24. 25.). — b) Nov. 98. c. 2. (*Marezoll* l. l. p. 100 sq.). — c) Nov. 117. e. 5. (*Marezoll* p. 99.).

5) L. 19. in f. C. *de donat. ante nupt.* (V, 3.) — Nov. 22. c. 31. — Cf. auth. *Pater* C. *de don. ante nupt.* « Aliud est, si apud maritum aliquid ex dote, vel apud mulierem ex donatione resedit. Illud enim servare liberis prioris matrimonii debet.»

6) Nov. 22. c. 43. 44. — (Cf. L. 2. 3. C. *de indicta viduitate et lege Julia miscella tollenda* VI, 40.)

7) L. 6. pr. L. 9. pr. C. *h. t.*—Nov. 22. e. 27.

8) a) Nov. 94. e. 2. — b) L. 7. C. *de revocand. donat.* (VIII, 56.)—Nov. 22. c. 35.—Omnino vid. *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. V. Nr. XXIII. — Cf. et *de Buchholtz* jur. Abhandl. Nr. XII.

incommodaque mulier, quae intra annum, postquam solutum est prius matrimonium, denuo nubit [9]). Nam et infamiae poenam incurret [10]), et secundo viro plus quam tertiam partem bonorum aut in dotem dare aut ex lucrativa causa inferre prohibetur, et prioris matrimonii lucra prorsus amittit, nec extraneorum testamentis quidquam percipiet, denique ne intestatorum quidem hereditates ad eam deferentur, nisi eorum, qui usque ad tertium cognationis gradum cum illa conjuncti sunt [11]). Atque iisdem incommodis etiam ea mulier adficietur, quae aut intra annum, quo elugeri vir debet, stuprum sponte passa est, aut tutrix facta liberorum, cum jurasset, se numquam ad secunda vota transituram, tamen fidem juratam adeo non servavit, ut etiam antequam et alios peteret liberis tutores, et tutelae ab ipsa gestae rationes redderet, ad novas convolaret nuptias [12]).

543. D) *Obligationes quaedam ex peculiaribus causis oriundae inter conjuges.* 1) *De donationibus inter virum et uxorem* (*), a) *principia generaliora.*

Cum moribus Romae invaluisset, ut ne inter virum et uxorem donationes valerent [1]), postea quidem remissius res agi coepit, idque vel maxime ex Antonini Caracallae oratione [2]), semper tamen praeceptum illud: ipso jure irrita esse, quae inter conjuges donationis causa gerantur, tamquam summum principium conservatum ac retentum est [3]). Est autem inter conjuges donatio proprie quidem ea, quae ab altero conjuge alteri fit durante matrimonio [4]). At ultra etiam progressi sunt juris nostri auctores, quippe qui has quoque improbarent donationes: 1) quae post matrimonium perficiuntur, licet ex promissione ante nuptias facta [5]); 2) quae inter conjugem alterum atque eas personas fiunt, quas in potestate alter habet, quarumve potestati ipse subjicitur, tum etiam quibuscum in ejusdem patris potestate est [6]): cujusmodi donationes ratae non habebuntur, nisi aut de castrensi vel quasi castrensi peculio, aut in castra eunti factae sunt [7]). Praeterea 3) milites focariis suis donare prohibentur [8]). Neque vero 4) eae valent

9) *Loehr* Magazio III. Nr. XVI, 11. p. 520 sqq.

10) Vid. supra § 189. or. 5.—Cf. *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. Lib. IV. p. 21. § 17. 18.

11) L. 1. 2. C. *h. t.*—Nov. 22. c. 22. — Cf. L. 4. C. *ad SCt. Tertull.* (VI, 56.)

12) a) Nov. 39. c. 2.—b) Nov. 22. c. 40.

§ 543.

(*) Dig. (XXIV, 1.) *de donationibus inter virum et uxorem*, et Cod. (V, 16.) *de donat. int. V. et U. et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione.* — *J. F. de Retes* de donationibus int. virum et uxorem lib. singularis (*Meerman* thes. VI. p. 665—702.). — *J. H. Boehmer* de statu donationum inter virum et uxorem antiquo et hodierno (exerc. ad Pand. T. IV. Nr. 72.). — *R. J. Pothier*, Traité des donations entre mari et femme (in opp. ed. *Dupin* T. VI. p. 547 — 692.) — *de Loehr* zur Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten in Arch. f. civ. Pr. T. XVI. Nr. IX.

1) L. 1. L. 2. L. 3. pr. D. *h. t.*—Vid. *Kaemmerer* observationes juris civilis (Rost. 1827.) I. § 19. (p. 102—113.).—*Huschke* in ephemerid. Tub. III. p. 20 sqq.

2) L. 32. pr. D. *h. t.*—Caeter. vid. L. 23. D. *h. t.*

3) L. 3. § 10. D. *h. t.*

4) L. 27. L. 66. D. *h. t.* (cf. § 512. not. 3.).—Cf. L. 52. § 27. L. 65. D. *h. t.* — De donationibus in concubinam collatis vid. L. 31. pr. *de donat.* (XXXIX, 5.)—Sed vid. L. 2. C. *de natural. lib.* (V, 27.) et Nov. 89. c. 12.— Caeteroquin, quodcunque ab altero conjugum donandi animo in alterum conferatur commodum, id, quatenus quidem lucrosum est ei, cui donatur, in donationum jure impeditarum numero habetur, velut a) L. un. C. *si dos const. matrim. sol. fuer.* (V, 19.) — b) L. 12. pr. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — L. 7. § 5. D. *h. t.* — L. 5. § 6. D. *h. t.* — c) L. 44. D. *h. t.* (vid. § 543. not. 3.). — d) L. 52. pr. D. *h. t.* — e) L. 22. D. *de pact. dotalib.* (XXIII, 4.)—L. 15. pr. L. 33. § 1. D. *h. t.* — (At vid. L. 21. § 1. D. *h. t.*)— f) L. 31. § 4. *eod.*—g) § seq. not. 7.

5) L. 5. pr. D. *h. t.* — L. 4. C. *de donat. ante nupt.* (V, 3.) — L. 24. D. *h. t.* — L. 36. § 1. L. 58. pr. D. *h. t.* — L. 6. C. *de don. ante nupt.*—Vat. Fr. § 96.

6) L. 3. § 2 — 8. D. *h. t.* — L. 4. 5. C. *h. t.* — L. 58. pr. et § 1. D. *h. t.*— L. 60. D. L. 23. C. *h. t.* —L. 3. in f. C. *eod.*

7) L. 3. § 4. D. *h. t.*

8) L. 2. C. *h. t.*

donationes, quae ab his, inter quos matrimonium legibus moribusque prohibitum est, factae sunt, siquidem quasi ab indignis, quae data sunt, ablata plerumque fisco vendicantur [9]). Id autem vix est quod admoneatur, ut, quemadmodum donationes, quae per interpositas personas perficiantur [10]), sic etiam eae improbentur, quae simulato divortio inter conjuges fiant [11]). Quodsi vero aut alia persona, quae quidem suum ipsius negotium gerat, intermixta sit, aut alii negotio donatio velut commixta, deducta donationis causa, quoad id quidem fieri potest, reliqua valebunt [12]). Caeterum cum dubitatur, ad uxorem unde matrimonii tempore aliquid pervenerit, a marito esse donationem profectam existimandum est [13]).

§ 544. b) *Donationum inter conjuges vis atque effectus.*

Donationes inter virum et uxorem factae hanc vel maxime habent vim, ut morte ejus, qui donavit, siquidem constante matrimonio ille decesserit, confirmentur [1]). Quodsi vero legitimam quantitatem excedat donationis summa, eaque nec actis fuerit intimata, insuper requiritur, ut testamento donantis nominatim fiat confirmatio; qua quidem facta ex eo demum tempore, quo confirmata est, vim habebit donatio, cum in reliquis causis etiam retro convalescat [2]). Quemadmodum autem morte non convalescunt negotia, quae jam per se ac sua natura nullius momenti sunt [3]): sic nec ad eas confirmatio pertinet donationes, quae intra solos promissionis fines steterint [4]). Jam vero durante matrimonio poenitentiae locus erit, quae quidem et tacite potest significari [5]). Repeti igitur poterunt res donatae, hoc pacto, ut exstantes vindicentur, consumtae condicantur [6]). Quodsi nominibus aut delegandis aut mandandis facta est donatio, debitor, qui solvit ei, in quem liberalitas collata est, ipso quidem jure a creditore non liberatur; at si actiones, quas habet, paratus est praestare, doli mali

9) L. 3. § 1. L. 32. § 28. D. *h. t.* — L. 4. C. *de inc. nupt.* (V, 5.) — Except. vid. L. 4. in f. C. *de inc. nupt.*

10) L. 3. § 9. L. 5. § 2. D. *h. t.* — *Paulli* rec. sent. II. Tit. 23. § 3.

11) L. 64. D. *h. t.* — L. 27. D. *de pact. dotal.* (XXIII, 4.)

12) L. 5. § 2. D. *h. t.* — L. 31. § 3. D. *eod.* (« Si duo mancipia fuerint, singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri, vel contra venierint, melius dicetur, communia ea esse pro portione pretii, nec tandem [*Hal.* et *Beck.* tantum] spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum. Sine dubio licet, a viro vel uxore minoris emere, si non animus donandi sit.») —Cf. L. 32. § 26. D. *h. t.*

13) L. 51. D. *h. t.* (cf. § 519. not. 2.). — L. 6. C. *h. t.*

§ 544.

1) L. 32. § 1. et 23. L. 59. D. *h. t.* — L. 11. § 8. D. *h. t.* — L. 32. § 17. D. *eod.* — L. 32. § 16. D. *h. t.* — L. 32. § 18. *eod.* [Cf. *Pothier* ad h. l. Nr. 83. not. f.]) — L. 32. § 20. *verb.* : « in hac autem » *rel. eod.* — L. 62. § 1. *eod.* — L. 32. § 10. *eod* — L. 32. § 19. 20. 21. *eod.* — L. 32. § 6. *eod.* — Cf. L. ult. C. *h. t.* — Vid. et L. 32. § 7. et 8. D. — L. 24. C. *h. t.* — L. 32. § 14. D. *h. t.* — Cf. supra § 185. in f. et not. 6.

2) L. 25. C. *h. t.* — Nov. 162. c. 1. § 2. — Caeter. vid. L. 11. § 2 — 5. D. *h. t.* et § seq. not. 16.

3) L. 32. § 24. 25. D. *h. t.* — Arg. L. 32. § 17. *eod.*

4) L. 23. D. *h. t.* et arg. L. 32. § 2. *eod.* (« heredem vero *eripere* — adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, esse »). — Except. vid. L. 33. pr. D. *h. t.* — Regulam evertere conatus est Justinianus Nov. 162. c. 1. pr. et § 1., quae tamen in glossatarum numero non est. — Vid. *A. Vinnii* sel. jur. quaest. Lib. II. c. 15. — *G. Noodt* ad h. tit. (opp. T. II. p. 397. B.). — *C. v. Bynkershoek* observ. V, 18. — *Glück* Pand. XXVI. § 1255. p. 109 sqq. — Dissent. *A. Faber* conject. II, 8. — *Glück* l. l. § 1257*a*. p. 215 sqq. — *de Loehr* in Arch. f. civ. Pr. T. XVI. p. 233 sqq. (Nr. I.). — *R. Puchta* in Rhein. Mus. T. VI. Nr. IX. — Sed vid. etiam *Zimmern* R. G. p. 602. 603. et *Wening* in ephem. Erl. XIII. p. 4 sqq.; inprimis vero *Waechter* in Arch. f. civ. Pr. T. XVI. Nr. IV. — Cf. et *Francke* Archiv f. civ. Pr. T. XVIII. p. 7. not. 20.

5) L. 22. D. *h. t.* — L. 12. C. *h. t.* — Caeter. vid. a) L. 32. § 5. D. *h. t.* et Nov. 162. c. 1. § 1. — b) L. 32. § 15. D. *h. t.* — *Glück* Pand. XXVI. § 1255. p. 171 sqq. — c) L. 32. § 4. *h. t. verb.* : « Quodsi in obscuro sit, proclivior esse debet judex ad comprobandam donationem. »

6) L. 5. § 18. L. 36. pr. L. 55. D. *h. t.* (L. un. § 5. C. *de rei ux. act.* V, 13.) — L. 65. D. *h. t.* (cf. L. 45. *eod.* et *Cujacii* obs. V, 26.). — L. 31. § 2. D. *h. t.* — L. 37. *eod.*

exceptione se tuebitur [8]). Neque vero quod dicitur, ipso jure nullius esse momenti, quae inter virum et uxorem donationis causa gerantur [8]), eo pertinet, quasi prorsus nullum sit constante matrimonio jus in rebus donatis ei, cui donatum est. Nam et possessionem habet, eatenus certe, ut interdictis uti queat [9]), nec plus reddere necesse habet, quam in quantum locupletior factus est [10]). Quid? quod omnimodo lucratur et usuras et fructus, qui quidem ipsius opera percepti sunt [11]). E quibus etiam intelligitur, eorum, quae vel perierint, vel consumta sint, ad donantem pertinere detrimentum [12]); sic tamen, ut id quoque quod ex rebus donatis comparaverit conjux alter, vel idem vel tantundem, utique restituendum sit petenti [13]).

§ 545. c) *Quibus ex causis fiat, ut etiam ante donantis mortem ratae habeantur donationes.*

Saepenumero et ante donatoris mortem fieri potest, ut vel statim ab initio valeant donationes inter virum et uxorem, vel postea convalescant. Ac singulae quidem causae, tantum non omnes, ad unum illud principium a juris nostri auctoribus solent revocari: toties valere donationes, quoties appareat, ut vel pauperior inde non fere redditus sit donans, vel certe non locupletior is, qui acceperit [1]). Cui consequens est, ut ratae sint donationes hae: 1) si in alterius conjugis commodum lucrum alter repudiat [2]); 2) si rem alienam, cujus ne usucapio quidem ad donantem poterat pertinere, ad alterum transfert, quo facto id etiam effici potest, ut civiliter possidere incipiat is, cui donatum est [3]); 3) si invicem sibi donaverint vir et uxor [4]); 4) si aut a creditore pignus remittitur [5]),

7) L. 3. § 10. 11. L. 5. § 3. 4. D. *h. t.*—L. 38. § 1. D. *de solut.* (XLVI, 3.)—L. 39. D. *h. t.* (Caeter. cf. L. 3. § 12. et L. 26. pr. D. *h. t.*)—De acceptilatione donationis causa facta vid. L. 5. § 1. D. *h. t.*

8) L. 5. § 10. 11. D. *h. t.*

9) L. 1. § 10. D. *de vi.* (XLIII, 16.) — L. 1. § 4, D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.)— L. 1. § 2. in f. D. *pro don.* (XLI, 6.)—Neque contraria est L. 46. D. *h. t.* « Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est. » — Vid. *Savigny* Besitz § 7. nr. 1*b*. in not. (cf. *Thibaut* civ. Abh. Nr. XV.). — Civilem possessionem plerumque non habet is, cui donatum est. L. 26. pr. D. *h. t.* — L. 1. § 2. D. *pro don.* (XLI, 6.) (vid. § seq. not. 3.).

10) L. 5. § 18. in f. D. *h. t.*—L. 8. L. 17. C. *h. t.* — L. 7. § 1. D. *h. t.* — L. 7. pr. D. *h. t.* — Cf. et not. seq.

11) L. 15. § 1. L. 16. 17. D. *h. t.* — L. 7. § 3. D. *eod.* — L. 45. D. *de usuris.* (XXII, 1.) « Fructus percipiendo uxor, vel vir ex re donata suos facit; illos tamen, quos suis operis adquisierit » —. Cf. *Pothier* ad h. t.— Nr. 66. not. a. b. — Vid. supra § 254. not. 3.

12) L. 28. pr. D. *h. t.*—L. 29. pr. L. 30. § 1. D. *h. t.*

13) L. 7. § 3. et 4. L. 50. pr. L. 55. D. *h. t.*

§ 545.

1) L. 5. § 8. et 16. D. *h. t.*—Cf. et not. seqq.

2) L. 5. § 13. 14. 15. L. 31. § 7. D. *h. t.*

3) L. 3. D. *pro donato* XLI, 6. (« Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, *si pauperior is, qui donasset, non fieret*, usucapionem possidenti procedere.») — Atque eodem sensu accipienda esse videtur L. 25. D. *h. t.*—Cf. *Unterholzner* Verjähr. § 27. not. 1.—Cf. *Glück* Pand. XXVI. § 1255. V. p. 40 sqq. et *Unterholzner* ausführl. Verjährungs-Lehre I. p. 394 sq. — De ea re, quae, cum ad virum pertineat, ab extraneo donata est mulieri, haec praecipit Neratius: « Si extraneus rem viri, ignorans, ejus esse, ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente, eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. Idemque juris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens, se patremfamilias esse, uxori patris donaverit. Sed si vir rescierit, suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii ejus adferat impedimentum: non enim omnimodo uxores, ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae adquirere, prohibitae sunt.» L. 44. D. *h. t.* Quem quidem locum ita solent edit. distinguere: « — — — Sed si vir rescierit — — — — quia transiit in causam ab eo factae donationis ipsius mulieris scientia: propius est, ut nullum » *rel.*—Sed vid. *Savigny* in der Zeitschrift f. histor. R. W. I. Nr. 10.

4) L. 7. § 2. L. 67. D. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. XXVI. § 1257. p. 198 sqq.

5) L. 18. D. *quae in fraud. credit.* (XLII, 8.)— L. 11. C. *ad JCtum Vellej.* (IV, 29.) — Cael. vid. L. un. § 15. C. *de rei ux. act.* et *de Loehr* Arch. f. civ. Pr. T. XVI. Nr. II. p. 242 sqq.

aut a debitore temporis commodum [6]); 5) si alter earum rerum, quibus ipse in vita quotidiana uti solet, cum altero usum communicat [7]); 6) si velut donaturus vir dat aliquid vel solvit in ejusmodi causas, quae ad suum ipsius officium atque onus utique pertinent [8]); denique 7) si eos in usus fit donatio, quibus, licet pauperior reddatur donans, tamen ditius non fiat ejus patrimonium, in quem collata est liberalitas, velut ut donum deo detur vel consecretur [9]), ut mortuus sepeliatur [10]), ut servus manumittatur [11]), ut dignitatem adipiscatur vel tueatur [12]), et quae eorum sunt similia [13]). At sunt etiam aliae causae, quae, licet ad earum, quas enumeravimus, causarum genus referri non possint, tamen efficiant, ut valeant donationes inter virum et uxorem. Idque fit vel propter rem sive causam, cujus gratia facta est donatio, velut si ad refectionem aedium incendio consumtarum pecunia donatur [14]); vel propter privilegium personis concessum, velut imperatori atque Augustae [15]). Denique quae sic fiunt donationes, ut in id tempus differatur eventus earum, quo desinant esse vir et uxor, ita valebunt, quemadmodum et inter alias personas possunt valere [16]). Quoniam autem donationum inter conjuges impedimenta ex juris publici ratione descendunt, sola jurisjurandi religione fieri minime potest, ut confirmentur donationes alioquin non valiturae [17]).

§ 546. 2) *De rerum amotarum actione* (*).

Quod moribus Romae obtinuerat, ut ne furti agi posset inter conjuges [1]), idem etiam observabatur, cum per divortium soluto matrimonio rerum amotarum nomine ageretur. Quam iniquitatem temperans Praetor rerum amotarum actionem introduxit [2]), quae est in personam actio, rei persecutoria et perpetua, post solutum divortio matrimonium alteri conjugi ejusve successoribus [3]) competens adversus alterum, ad res, quae divortendi consilio amotae sunt, restituendas cum omni causa, aut nisi fiat restitutio, ad praestandum id, quanti actoris intersit, quantive in litem juraverit actor [4]). Effecit igitur Praetor, ut

6) L. 31. § 6. D. *h. t.* (*Wening* l. l. p. 6. in f. et p. seq.)

7) L. 18. L. 28. § 2. L. 31. § 1. L. 53. § 1. D. *h. t.*

8) L. 21. pr. D. *h. t.*—L. 31. § 10. D. *eod.*

9) L. 5. § 12. D. *h. t.*

10) L. 5. § 8—11. D. *h. t.*

11) L. 7. § 8. 9. L. 8. L. 9. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. 22. C. *eod.*

12) *Ulpiani* Fr. VII. § 1. in f.—L. 40. 41. 42. D. *h. t.* — L. 3. C. *h. t.* — Cf. *Gluck* Pand. XXVI. § 1253*b*. p. 14 sqq.

13) Velut L. 5. § 17. D. *h. t.*— Cf. *Pothier* ad h. t. Nr. 29. not. k.

14) L. 14. D. *h. t.*

15) L. 26. C. *h. t.*

16) L. 9. § 2. L. 10. L. 11. § 11. L. 12. L. 43. L. 60. § 1. L. 64. D. *h. t.* — L. 13. pr. et § 1. *eod.* —L. 11. § 10. 11. L. 20. *eod.*—L. 40. D. *de mort. c. don.* (XXXIX, 6.) (*Glück* Pand. XXVI. § 1253*c*. p. 70 sqq.)—Caeter. vid. L. 52. § 1. D. *h. t.*—Vid. *Cujacii* comment. ad *Papiniani* Lib. X. Quaest. (ed. *Fabroti* opp. posth. T. I. P. 1. p. 273.).

17) Arg. c. 8. X. *de don. int. V. et U.* (IV, 20.) — *F. G. Zoller* exerc. utrum donatio inter virum et uxorem facta juramento accedente sit valida. Lips. 1777.—Cf. et supra § 151. not. 5. — Dissent. *Boehmer* l. l. (§ 543. not. *.) § 29.

§ 546.

(*) Dig. (XXV. 2.) et Cod. (V, 21.) [*de actione*] *rerum amotarum*. — *J. Cujacii* ad L. 5. et L. ult. D. *h. t.* (comment. ad Papin. Qu. Lib. XI. — opp. posth. ed. Paris. T. I. P. I. p. 301 — 309.). — *de Tigerstroem* Dotalrecht T. II. §. 82.

1) L. 2. D. *h. t.* — *Dirksen* Beitr. z. Kunde des Röm. R. (Leipz. 1825.) p. 257.

2) L. 1. D. *h. t.* — L. 25. *eod.* — Cf. L. 7. et L. 11. *eod.*

3) L. 6. § 3. L. 21. § 5. D. *h. t.* — L. 16. D. *h. t.*

4) L. 21. § 5. D. *h. t.*—L. 3. § 3. L. 29. D. *eod.* —L. 8. § 1. *eod.* — L. 21. § 4. D. *eod.* « Commodi quoque, si quod amotis rebus amiserit vir, ratio habenda est » —. (Cf. et L. 22. pr. D. *h. t.*) — Quatenus adversus filius-filiasvefamilias eorumve patres danda sit haec actio, vid. L. 3. § 4. L. 4. L. 5. L. 6. § 2. D. *h. t.*

simul et parceret matrimoniorum honori atque pudori, et pleniori quodam remedio succurreret laeso, quam quibus alioquin uti iiic potuisset, qualia sunt vindicatio, ad exhibendum actio, condictio, in factum actio, hereditatis petitio [5]. Praetcrquam enim, quod in rerum amotarum actione similiter ut in judicio de dolo damni dati aestimatio fit, eo etiam iilud judicium rellquis actionibus latius patet, quod beneficium competentiae, ut vocant, excludit [6]. Adversus heredes autem non nisi in quantum ad eos pervenit haec actio datur [7]. Caeterum, licet non divortendi consilio, verum mortis causa facta sit amotio, tamen, dummodo postea divortio solutum sit matrimonium, utile locum habebit rerum amotarum judicium [8]; idemque et socero datur, cujus in potestate est maritus, scilicet adversus nurum, quae soceri res amovit [9]. At vero fieri etiam potest, ut inter ipsos conjuges locum habeat et condictio furtiva, et furti actio. Et sola quidem condictio tum, cum aut ante matrimonium facta est amotio, aut ab altero conjuge ei, cujus heres exstitit alter [10]; poenalis autem furti actio non nisi ex noxali causa institui potest [11]. Quodsi extranei res, alterius conjugis fidei commissas, furatus est alter, ipsi domino furti actio adversus furantem competit [12]. Quemadmodum autem et alius actionis electione tollitur hoc judicium, et, quod coeptum jam erat, redintegrato matrimonio solvitur: ita etiam compensationi locus erit, siquidem is agat propter res amotas, qui et ipse res alterius amoverit [13].

§ 547. 3) *De pactis dotalibus* (*).

Pacta sive instrumenta dotalia seu nuptialia [1]) ea vocantur, quae de juribus ex matrimonio oriundis et vel maxime de jure dotium ineuntur. Quae quidem pacta et ante et post matrimonium fieri possunt, cum inter ipsos conjuges, tum etiam parentes eorum; ab extraneis quoque, quatenus quidem de dote ab ipsis profecta paciscuntur [2]. Jam vero quod ad formam attinet, qua perficiendae sunt hujusmodi conventiones, secundum jus Romanum novissimum, ut actio ex iis nascatur, nudus consensus sufficit, certe quatenus de dote vel praestanda vel restituenda agitur [3]; nonnumquam tamen, ut rite ineantur nuptialia pacta, scriptura opus est (§ 512. not. 5.). Vis autem omnis atque auctoritas horum pactorum ex uno illo pendet, ut ne adversentur aut honestati, aut publico juri (§ 33.). Quemadmodum igitur non valent pacta, quibus de hereditate futura

5) L. 6. § 5. L. 22. § 1. L. 24. L. 25. D. *h. t.* — L. 2. C. *eod.*

6) L. 21. § 6. D. *h. t.* — L. 52. D. *de re jud.* (XLII, 1.)

7) L. 3. C. *h. t.*—L. 3. in f.

8) L. 21. pr. D. *h. t.*— Cf. L. 17. § 1. *eod.* — De eo, qui post solutum matrimonium res ejus, qui quondam fuit conjux, amoverit, vid. L. 3. pr. et L. 6. § 6. D. *h. t.*

9) L. 6. pr. D. *h. t.* (vid. Basilic. T. IV. p. 424.). — L. 15. § 1. D. *h. t.* — Cf. L. 6. § 1. *eod.* — Cf. *Noodt* ad Pand. Tit. *de act. rer. amot.* (opp. P. II. p. 406. B.).

10) L. 3. § 2. D. *h. t.*

11) L. 3. § 1. D. *h. t.*—L. 21. § 2. *eod.*

12) L. ult. in f. C. *de furt.* (VI, 2.)

13) a) L. 24. D. *h. t.*—b) L. ult. *eod.*—L. 7. *eod.*

§ 547.

(*) Dig. (XXIII, 4.) *de pactis dotalibus.* — Cod. (V, 14.) *de pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias et paraphernis.* — *J. Voetii* comment. ad dict. Tit. Pand. — *A. de Leyser* med. ad Pand. sp. 307 — 310.

1) L. 10. L. 11. C. *de naturalibus liberis.* (V, 14.)

2) L. 1. § 1. L. 7. L. 20. § 1. D. *h. t.*—L. 29. pr. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) (vid. et not. 13. a.).

3) Vid. L. un. § 1. et 16. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.) et supra § 522. not. 10. et § 523. not. 18 sqq. — (Cf. et L. 1. C. *de pact. conv.* (V, 14.) — L. 6. C. *de jure dot.* (V, 12.) et *Glück* Pand. XXV. § 1245.)

cavetur, quippe quae bonis moribus contraria sunt [4]): sic etiam haec improbantur: 1) quae statuunt, ne fiat id, quod vel maxime in matrimonio propositum esse debet conjugibus [5]); tum etiam 2) ne de moribus, neu ob res vel donatas vel amotas agatur [6]); aut 3) ne in id, quod facere possit, condemnetur conjux, sed in solidum [7]). Improbantur etiam 4) quae ita minuunt jus mariti in dote, ut fere sine dote futurum sit matrimonium [8]); denique 5) ea plerumque [9]) non valent pacta, quibus deterior redditur repetendi conditio, quam leges tribuerunt mulieribus, velut haec: ut etiam superstite muliere apud maritum remaneat dos [10]), aut longiore die, quam legibus constitutum est, reddatur [11]), aut dolum tantummodo praestet vir [12]). Quemadmodum autem extraneis initio dotis constituendae licet, legem, quam velint, doti ab ipsi profectae dicere (§ 523. not. 14 seqq.): ita etiam mulier et sui juris facta de dote actionem remittere potest [13]). Antequam sui juris facta sit, ejusmodi pacta, non nisi adjuncta patris persona vim plenam exercent [14]). Omnino autem, ubi non adversatur jus publicum, pactis effici potest, ut jura immutentur, quae aut circa dotes [14a]), aut circa ipsorum conjugum personas [15]), aut circa liberos [16]) constituerent leges. Quodsi contrahentes ad certum respexerunt eventum, isque non exstitit, tum exitum babere non posse cunventionem sponte apparet [17]).

4) L. 15. C. *de pactis*. (II, 3.) — L. 5. C. *h. t.* — L. ult. D. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16.)

5) c. 24. X. *de jurejur.* (II, 24.) — c. ult. X. *de condit. appos. in desponsat.* (IV, 5.) (cf. § 516. nr. 1.).

6) L. 5. pr. et § 1. D. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. XXV. § 1245. p. 345 sqq. — Cf. L. 20. pr. *eod.*

7) L. 14. § 1. D. *sol. matrim.*

8) L. 4. L. 5. § 2. D. *h. t.* — L. 11. D. *eod.* — At cf. L. 12. § 1. in f. *eod.* — Vid. et supra § 523. not. 14. et *Francke* in Arch. f. civ. Pr. T. XVIII. p. 366 sqq. (Nr. 2. et 3.)

9) Nam vid. supra § 523. not. 25. et infra not. 13. 14. — Cf. et Vat. Fragm. § 106. ibiq. *de Buchholtz*.

10) L. 1. § 1. D. *de dote praeleg.* XXXIII, 4. (« — nam quod est admissum, posse deteriorem conditionem dotis fieri intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit, vel divortium intervenit »); et L. 6. C. *h. t.* (cf. § 525. not. 24.).

11) L. 14 — 17. D. *h. t.* — Caeter. cf. L. 18. et L. 19. *eod.*

12) L. 6. D. *h. t.* — Vid. et L. 21. in f. D. *h. t.* (« posse — conveniri: ut dos, quae in pecunia numerata esset, permutetur et transferatur in corpora, *cum mulieri prodest* ») et L. 26. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.)

13) L. 21. § 3. D. *de pact.* (II, 14.)

14) L. 7. D. *h. t.* 1) « Cum dos filiae nomine datur, optimum est, pactum conventum cum utroque generum facere: quamquam initio dotis dandae legem, quam velit, etiam citra personam mulieris, is, qui dat, dicere possit. 2) Si vero post datam pacisci velit, utriusque persona in paciscendo necessaria est, quoniam jam acquisita mulieri dos tum esset, quo casu, si solus pater pactus esset sine filia, *sive solus agat, sive adjuncta filiae persona*, ei soli nocebit et proderit pactum conventum; nec si sola filia aget, neque proderit, neque nocebit ei. 3) Si vero filia sola pacta fuerit, quo pacto melior conditio patris fiet, proderit et patri: quoniam per filiam patri adquiri potest, per patrem filiae non potest. Si vero sic pacta sit filia, ut noceat, ipsi *quandoque* filiae agenti nocebit pactum [cf. L. 21. § 3. D. *de pact.*], patri vero nullo modo nocebit, *nisi adjecta quoque filiae persona experiatur*. Dicendum est, paciscendo filiam patris conditionem deteriorem facere non posse eo casu, quo mortua ea in matrimonio dos ad patrem reversura est.» (Superiora verba: «*nisi adjecta — experiatur*», quomodo concilianda sint cum L. 2. § 1. D. *sol. matr.*, jam inter glossatores disputatum est. Vid. *Accursii* glossa ad L. modo laud. not. m. — Cf. et *Petri Beloii* varior. jur. civ. Lib. IV. c. 4. ap. *Meermanum* T. IV. p. 709. — Cf. et supra § 523. not. 25. b.)

14a) L. 12. § 1. D. *h. t.* — L. 11 et 21. C. *ad SCt. Vellej.* (IV, 29.)

15) Velut L. 12. § 1. D. *h. t.* (not. 14. c.) « — ut mulier — se alat ».

16) *F. U. Pestel* D. num pacta dotalia, quibus cautum ut masculi patris, foeminae matris religione imbuantur, sint servanda. Rintel. 1752. (cf. § 548. not. 2.).

17) L. 2. 3. D. *h. t.* — L. 22. pr. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) — Cf. L. 12. pr. D. *h. t.* — L. 24. *eod.* — L. 56. D. *sol. matr.*

CAPUT II.

DE PATRIA POTESTATE.

Inst. (I, 9.) *de patria potestate.* — Dig. (I, 6.) *de his, qui sui vel alieni juris sunt.* — Cod. (VIII, 47.) *de patria potestate.*

§ 548. *Parentum in liberos jura.*

Sunt quaedam in liberos jura utriusque parentis fere communia [1]), eaque in tria genera commode describuntur. I) Primum est eorum, quae ex jure educandorum liberorum descendunt. Provideant igitur parentes, ut bonis moribus rerumque divinarum disciplina [2]) probe imbuantur liberi, eosque literis omnique iis institui artibus curent, quibus ad vitae usum cultumque res necessariae quaerantur, denique secundum rectae rationis legumque civilium praecepta liberorum actiones moderentur ac regant, animadversione et castigatione modica, si res postulat, adhibenda [3]). Atque in his quidem omnibus, cum inter se dissentiunt parentes, patris auctoritas praevalet [4]), nisi ex justa causa matri committenda sit liberorum educatio [5]); quo in genere etiam est divortium culpa patris factum, quae quidem res efficit, ut apud matrem liberi alendi atque educandi sint, idque sumtibus patris [6]). II) Alterum est horum jurium genus cum ex pietate repetendum, quippe quae maxima esse debet erga parentes, tum vero ex reverentiae atque obsequii officiis, qualia parentibus praestanda sunt a liberis. In quo haec potissimum insunt: ut ne injuriose adversus parentes agant liberi [7]), neque aut criminis eos arguant, praeter unam perduellionis actionem [8]), aut famosa illis inferant judicia, neque omnino talibus adversus eosdem utantur actionibus exceptionibusque, quae vel fraudis habent mentionem, vel de vi metuque illato quaestionem inducunt; scilicet in factum verbis temperandâ actione aut exceptione [9]). Atque in reliquis quoque causis liberi neque in jus vocent parentes nisi ex magistratus permissu atque auctoritate [10]), neque calumniae juramentum iis deferant [11]). Praeterea et alimenta exhibeant parentibus (§ 211. nr. 2.), et operas, domesticas illas quidem atque in rebus ad quaestum spectantibus adjuto-

§ 548.

1) *Burchardi* in Arch. f. civ. Pr. VII. Nr. VIII. Cf. § seq. not. 2.

2) Cf. *Struben* rechtl. Bed. I. Nr. 144.— *Schott* Eherecht § 189. not. **. — *Burchardi* l. l. p. 187 sq.—*Mittermaier* in Themide *Elversiana* T. I. Nr. I. atque ibid. edit. Nr. II. et p. 191 sqq. (Nr. III.).

3) Cod. (IX, 15.) *de emend. propinq.* (cf. et supra § 210. not. 6. § 511. not. 2.).

4) L. 1. § 10. in med. D. *de inspic. ventre.* (XXV. 4.) et supra § 516. not. 7.

5) Cf. L. 1. § 3. et 5. D. *de liber. exhib.* (XLIII, 30.) et arg. L. 22. § 6. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.) — *Burchardi* l. l. p. 175 sq.

6) Nov. 117. c. 5. — Idemque jus tamquam reciprocum et patri tribui solet, scil. ut mulieris sumtibus, cujus culpa divortium factum sit, liberi apud eum educentur, propter *auth. si pater* C. V, 24. (cf. *Burchardi* l. l. p. 180 sqq. Nr. II.).—Sed vid. *Fritz* in *Grolmani Loehrii*que Magaz. IV. Nr. XII.

7) L. 7. § 8. D. *de injur.* (XLVII, 10.)—Nov. 115. c. 3. § 1. 2. 5. 6. 7.

8) Nov. 115. c. 3. § 4.

9) L. 11. § 1. D. *de dolo malo.* (IV, 3.) — L. 2. L. 5. L. 6. L. 7. pr. § 2. 5. D. *de obseq. parentib. et patr. praest.* (XXXVII, 15.)— L. 4. § 16. 34. D. *de d. m. et m. exc.* (XLIV, 4.) — L. 5. in f. C. *de dolo malo.* (II, 21.)

10) L. 4. § 2—4. D. *de in jus voc.* (II, 4.)

11) L. 8. § 5. D. *qui satisd. cog.* (II, 8.) — L. 7. § 3. D. *de obseq. parent. praest.* (XXXVII, 15.)— L. 10. § 14. D. *de damno infecto.* (XXXIX, 2.) — Cui nec contraria est L. 34. § 4. D. *de jurejur.* (XII, 2.) « Hoc jusjurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur. »—Cf. Basilicor. T. III. p. 128. (§ 3.) et ibid. Schol. p. 162. not. I. —*Eckhardi* Hermeneut. § 283.

rias [12]). III) Tertium est jurium genus ejusmodi, quod utriusque prioris velut est adminiculum, id efficiens, cum ut detinendi liberos habeant potestatem, tum vero interdictis de liberis et exhibendis et ducendis utantur parentes adversus quemcunque, penes quem non voluntate illorum morantur liberi [13].

§ 549. *Patriae potestatis notio atque indoles.*

Patria potestas ea complectitur jura, quae patribus [1]) jure civili in liberos competunt. Haec igitur civilis patria potestas nec foeminis [2]), nec filiisfamilias [3]), nec peregrinis tribuitur [4]), sicut nec patribus competit in liberos, qui non nisi naturali jure ipsis conjuncti sunt; tantique olim habita est, ut adseverare haud dubitarent Romani: fere nullos alios esse homines, qui talem in liberos haberent, qualem ipsi, potestatem [5]). Idque tamquam principium etiam novissimo jure servatum est, licet jam in tantum imminutum esset jus patriae potestatis, ut in compluribus a juris gentium praeceptis vix recederet. Vocantur autem filii-filiaevefamilias, qui patriae potestati subjiciuntur; contra vero, qui eadem soluti sunt, nominibus veniunt hominum sui juris, tum etiam patrum-matrumvefamilias [6]). Caeterum nihil impedit, quo minus et furiosi liberos habeant in potestate [7]).

TIT. I. DE ACQUIRENDA VEL AMITTENDA PATRIA POTESTATE.

§ 550. I. *De ratione acquirendae potestatis* A) *generatim exponitur.*

Acquiritur patria potestas justis nuptiis [1]), adoptione, legitimatione, ut quidem ex pontificum auctoritate vocant [2]): civitate [3]), postliminio [4]). Redintegratur rescissa liberorum ingratorum emancipatione [5]), in integrum restitutione [6]), itemque postliminio [7]). Et justis quidem nuptiis non semper patri acquiritur potestas: nam si ipse sit filiusfamilias, liberi ex justis nuptiis ab eo procreati potestati subjiciuntur avi, quo quidem mortuo in patrem devolvitur jus [8]). Atque

12) *Leyser* med. ad Pand. sp. XVII. m. 2. — *Struben* rechtl. Bed. III, 49.— *C. H. Breuning* D. an pater teneatur liberis ad mercedem praestandam propter operas praestitas. Lips. 1772.

13) Dig. (XLIII, 30.) *de liberis exhibendis item ducendis.* — Cod. VIII, 8. — Quod quidem jus proprie est patriae potestatis. De matris autem jure vid. L. 2. C. *h. t.* — L. 1. § 3. L. 3. § 5. D. *h. t.* — (Cf. supra not. 5.)

§ 549.

1) L. 201. in f. D. *de V. S.*

2) § 10. I. *de adopt.* — L. 196. § 1. D. *de V. S.* — L. 195. in f. D. *eod.* (cf. § 179. not. 3. d. § 204. not. 5. § 206. not. 1.) — Vid. et not. seq. — *J. J. Rothhahn* D. de materna potestate in liberos ex Germanor. legibus et more. Goett. 1772. — *Heise* et *Cropp* jur. Abh. I. Nr. XVI. (cf. § 548. not. 1.).

3) § 3. I. *h. t.* — L. 4. D. *h. t.* — § 9. I. *quib. mod. jus pot. solv.* — § 2. I. *de hered., quae ab int. defer.* — L. 13. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 6.)

4) *Ulp.* Fr. X. § 3. — (Caeter. cf. supra § 187. not. 3. 4.)

5) *Gaji* inst. I. § 55. et § 2. I. *h. t.*

6) L. 4. D. *h. t.*— L. 195. § 2. D. *de V. S.*— (Cf. § 304. not. 4.)

7) L. 8. D. *de his, qui sui vel al. jur.* (I, 6.) — L. 20. D. *de st. hom.*

§ 550.

1) Pr. I. *h. t.* — § 12. I. *de nupt.* — Cf. § 205. not. 5—9. et supra § 517. not. 1. 2.

2) c. 13. X. *qui filii sint legitimi.* (IV, 17.)

3) a) *Gaji* inst. I. § 93 — 95. — b) *Gaji* inst. I. § 66 — 75. — Cf. *A. Bethmann-Hollweg* Diss. de causae probatione. Berol. 1820. 8.

4) Scil. eorum ratione liberorum, qui nati sunt in captivitate. L. 1. C. *de postliminio reversis.* (VIII, 51.)—Cf. L. 10. *eod.*

5) L. un. C. *de ingratis liberis.* (VIII, 50.) — *G. A. Schuberth* D. de redintegratione potestatis patriae (Lips. 1723.) § 14 sqq.

6) § 1. in f. I. *quib. mod. jus pot. solv.* — L. ult. C. *de sent. poss. et rest.* (IX, 51.)

7) § 5. I. *quib. mod. jus potest. solvitur.*

8) Pr. I. *quib. mod. jus pot. solv.*

ex his omnibus, quas enumeravimus, causis duae tantummodo sunt, quae accuratiorem desiderant explanationem: adoptio et legitimatio; de quibus nunc singillatim expposituri sumus.

§ 551. B) *Singulatim* 1) *de adoptione* (*), a) *notio et species.*

Adoptio est actus, quo in familiam (§ 204. not. 5.) adsciscitur et patriae potestati subjicitur is, qui adoptionis tempore extraneus est. « Licet autem in locum nepotis, vel pronepotis, vel neptis, vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat » [1]. Est vero adoptionis duplex species: altera adrogatio, altera adoptio, ut quidem prae caeteris vocatur. Adrogantur homines sui juris, adoptantur, sive in adoptionem dantur, filii- filiaevefamilias [2].

§ 552 b) *Personae et adoptantium et adoptandorum.*

A jure adoptandi prohibentur 1) qui omnino non possunt generare [1], quoniam adoptio imitatur naturam [2]. Hinc 2) nec minor natu potest majorem adoptare, usque adeo, ut plena pubertate is, qui adoptat, antecedere debeat eum, qui adoptatur [3]. Prohibentur etiam 3) qui ne naturales quidem liberos in potestate sua habent (§ 549.), nisi quod ex indulgentia principis permittitur foeminis, in liberorum amissorum locum alios sibi, imperfecto tamen jure, adsciscere [4]. Praeterea 4) eum adrogare nobis plerumque non permittitur, cujus tutelam vel curam gesserimus, si minor viginti quinque annis ille sit, nec rationum reddendarum officio plene satisfecerimus [5]. Ac 5) simili quadam ratione nec pauperiori licet, nisi ex justa causa, adrogare ditiorem [6]. Neque 6) ad adoptiones facile admittuntur, qui jam habent liberos ex justis nuptiis procreatos, vel unum, vel plures [7], nec fere 7) adrogationes his conceduntur, qui minores sexaginta annis sunt [8]. Denique 8) eum, quem quis adoptavit, postea emancipatum vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare [9]. Atque haec qui-

§ 551.

(*) Inst. (I, 11.). Dig. (I, 7.). Cod. (VIII, 48.) *de adoptionibus.* — *C. Thomasii* D. de usu practico tit. Inst. de adoptionibus. Hal. 1725. (et in collect. Diss. academic. T. III. Nr. 104.).—*C. W. Schmitt* die Lehre von der Adoption. Jena 1825. — Cf. *de Buchholtz* jur. Abh. Nr. XV.

1) § 5. I. *h. t.* — L. 43. D. *h. t.* — L. 15. § 1. *eod.* — *Hugo* civ. Magaz. II. p. 226. 227. — Cf. L. 7. C. *de hered. instit.* (VI, 24.) — Caeterum vid. *C. L. Crell* de adoptione in locum fratris non monstrosa. Viteb. 1755.; qui fratris velut adoptionem, quam quidem naturalem vocat, admittendam esse censet, propter. L. 42. pr. D. *de bon. libertor.* (XXXVIII, 10.), qui quidem locus ex. L. 58. § 1. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) explicandus est. — Cf. *de Buchholtz* l. l. p. 207 sq. not. 10. L. 58. § 1. D. *de hered. inst.* XXVIII, 5. « Qui frater non est, si fraterna caritate diligitur, recte cum nomine suo sub appellatione fratris heres instituitur. » — Cf. *Theophili* Paraphr. ad § 9. I. *h. t.* — *Marezoll* in *Grolmani* et *Loehrii* Magaz. IV. p. 382 sqq. (nr. 9.).

2) L. 1. § 1. D. *h. t.*

§ 552.

1) L. 2. § 1. L. 40. § 2. D. *h. t.* (cf. § 180. in *f.*)

2) § 4. I. *h. t.*—L. 16. D. *h. t.*

3) L. 15. in f. L. 40. § 1. D. *h. t.* — § 4. I. *eod.* (cf. *Gaji* I. § 106.). — *Schmitt* l. l. § 13.—*Puchta* System p. 251. § 28. Nr. 2.

4) § 10. I. *h. t.*—L. 5. C. *h. t.*

5) L. 17. pr. D. *h. t.*— Cf. L. 17. § 1. L. 32. § 1. D. *h. t.* — L. 67. § 3. D. *de R. N.* (XXIII, 2.) (vid. § 505. not. 13.)—*de Buchholtz* l. l. p. 216. (Nr. 1.)

6) L. 17. § 4. D. *h. t.*

7) L. 17. § 3. D. *h. t.* (*Cic.* or. pro domo c. 13.) — Cf. L. 15. § 3. *h. t.* « Item non debet quis plures adrogare, nisi ex justa causa. » — Caeter vid. § 2. I. *de nupt.*—§ 2. I. *de legit. adgnat. tut.*—L. 25. in f. D. *h. t.*—*Theophili* Paraphr. ad Pr. I. *h. t.*— *B. H. Reinoldi* varior. c. 42. — Cf. et *de Buchholtz* p. 213 sqq. (Nr. 3.)

8) L. 15. § 2. D. *h. t.* (*Cic.* l. l.)—Cf. *Hugo* civ. Magaz. II. p. 217—225.—*Glück* Pand. II. p. 344. 345. (ed. II.).—Cf. *Schmitt* l. l. § 16. 17.

9) L. 37. § 1. D. *h. t.*—Cf. L. 12. L. 4. D. *h. t.* — De naturalium liberorum, i. e. ex concubina natorum, adrogatione vid. infra § 556. not. 2.—Cf. *de Buchholtz* l. l. p. 212 sq. (Nr. 1.)

dem de adoptantium personis. Adoptari autem possunt omnes, quicunque pleno in civitate fruuntur jure, tam masculi quam foeminae, itemque tam puberes quam impuberes [10]), dummodo in impuberum adrogatione ea observentur, quae Antonini Pii constitutione hac de re sancita sunt [11]).

§ 553. c) *Utriusque adoptionis forma.*

Ut rite perficiatur adoptio, primum omnium consentiant necesse est hi, quorum agitur causa, i. e. et naturalis pater, et is qui adoptat, et is qui adoptatur [1]), tum etiam si qui sunt, quibus alioquin invitis adgnascatur suus heres [2]). Ac praeter consensum certa quoque juris solemnitas observanda est. Et olim quidem adrogatio per populum fiebat, adoptio per imaginarias venditiones et manumissiones, quam sequebatur in jure cessio coram magistratu, apud quem esset legis actio [3]). Postea vero imperatoris auctoritate adrogationes peragi coeptae sunt [4]); adoptiones autem ut praesente eo, qui adoptetur, et non contradicente, nec non eo qui adoptet, actis intervenientibus apud competentem judicem fierent, sancitum est [5]). Nonnumquam etiam eveniet, ut causae cognitio necessaria sit, scilicet an justa sit adoptionis vel adrogationis causa; ac praeterea satisdatio exigi solet [6]). Quodsi impubes sit, qui adrogetur, primum interveniat tutorum consensus oportet [7]), deinde exquirenda est causa adrogationis: an honesta sit expediatque pupillo, denique caveat adrogator personae publicae, h. e. tabulario: *se restituturum ea, quae ex bonis ejus consecutus fuerit, illis, ad quos res perventura esset, si adrogatus permansisset in suo statu* [8]). Quocunque autem modo adoptio fiat, numquam conditio vel dies recte ei adjicitur [9]).

§ 554. d) *Vis; α) utriusque adoptionis communis.*

Adoptionis vis atque auctoritas, quatenus nova lege (not. 5.) non infringitur, haec est: ut, qui adoptatur, potestati subjiciatur adoptantis [1]), hujusque ipsius et nomen [2]) sequatur, et familiam [3]), et dignitatem, sic tamen, ut per adoptionem non minuatur dignitas, sed augeatur [4]). At vero quod attinet adoptionem, ut quidem proprie dicitur, Justinianus discrimen statuit inter adoptionem, quae ab ascendente fit, atque eam, quae ab extraneo. In priore illa nihil immutatum est ex jure antiquo; contra vero, cum extraneo quis in adoptionem datur, isque

10) De jure vet. vid. *Gaji* inst. I. § 101. et 102. — *Ulpiani* Fr. VIII. § 5.
11) § 3. I. *h. t.*—Vid. § seq. not. 8.

§ 553.

1) Caeter. vid. L. 5. D. *h. t.* — Cf. L. ult. C. *eod.*
2) § 7. I. *h. t.*—L. 6. L. 11. D. *h. t.*—Cf. L. 7. D. *eod.*—*de Buchholtz* l. l. p. 208 sq. (Nr. 1.)
3) *Gellii* N. A. Lib. V. c. 19.—*Gaji* inst. I. § 98—100. — et § 134. — *Ulpiani* Fr. VIII. § 2 — 4. — L. ult. C. *h. t.*—Cui quidem conveniens erat, quod dicitur L. 24. et L. 25. § 1. D. *h. t.*, scilicet nec absentem adrogari posse.
4) § 1. I. *h. t.*—L. 2. in f. L. 6. C. *h. t.*
5) L. ult. C. *h. t.*
6) L. 15. § 2. 3. L. 17. § 1 — 5. D. *h. t.* — Cf. § 552. not. 5 — 8. — *Puchta* System p. 252. Nr. 8. 9.
7) L. ult. C. *de auct. praest.* (V, 59.)
8) § 3. I. *h. t.* — L. 17. § 2. L. 18 — 20. D. *h. t.* — Propter verba L. 18. D. *h. t.*: « si caverit servo publico ».—Cf. L. 3. C. *de tabulariis, scribis* rel. (X, 69.)
9) L. 34. D. *h. t.*

§ 554.

1) L. 1. pr. D. *h. t.*—Pr. I. *eod.*
2) *Hugo* civ. Magaz. II. p. 227—229.
3) L. 23. D. *h. t.* — L. 44. *eod.* — Vid. et § 206.
4) L. 35. D. *h. t.*

talis, qui suus heres est naturali patri vel avo, tum ea adoptione nihil agitur, nisi quod is, qui adoptatur, ei, qui velut est adoptivus pater, intestato mortuo succedat[5]. Quae quidem causa fuit recentioribus [6]), ut inter plenam et minus plenam adoptionem distinguerent [7]). Atque a minus plena ista juris Justinianei adoptione multum etiam differunt cum adoptiones, quae ex imperatoris indulgentia a foemina fiunt, siquidem, licet non efficiant patriam potestatem, tamen jus necessarii heredis tribuunt adoptato [8]); tum veroeae, quae non jure factae sunt. Hae etenim, pro re nata, nunc prorsus nullius momenti sunt, nunc imperantis decreto, s. privilegio confirmantur [9]); quo in genere est adoptio, quae cum heredis nuncupatione fit testamento [10]). Sunt etiam qui alumni appellentur; qui, etsi in adoptivorum numero minime habendi sunt [11]), nonnullo tamen juris vinculo devinciuntur his, a quibus aluntur atque educantur [12]).

§ 555. β) *Adrogationis propria.*

Si paterfamilias adrogatur, una cum eo et liberi, qui vel sub ejus potestate sunt, vel postliminio redeunt, vel postea nascuntur, tamquam nepotes potestati subjiciuntur adrogatoris [1]); idque inprimis est proprium adrogationis. Enimvero olim quidem omnia, quaecunque in adrogati patrimonio erant, praeter ea, quae capitis deminutione exstincta sunt, pleno jure adquirebantur adrogatori. Ex quo autem vetus rei familiaris ratio, qua scilicet ad filiosfamilias spectabat, propemodum eversa est, consequens fuit, ut etiam penes adrogatum remaneret bonorum proprietas [2]). Impuberum autem adrogatio, quemadmodum forma, sic etiam vi atque effectu insignis est. Nam 1) emancipari non potest impubes, nisi causa cognita dignus emancipatione sit, et bona ei restituantur integra [3]). Quodsi 2) exheredavit eum adrogator, aut sine justa causa emancipavit, tum bonorum suorum quartam partem *relinquere* ei necesse habet, scilicet praeter ea, quae jam fuerunt impuberis, quippe quae sine mora reddenda sunt. Eamque partem, quam quidem *quartam D. Pii* vulgo vocant, velut aes alienum

5) L. 10. C. *h. t.* — *Loehr* Magaz. III. Nr. XI. p. 386seq. Cum quo non prorsus consent. *Schmitt* l. l. p. 96 sqq. et in Diss. mox laud. — Vid. et *J. L. E. Püttmanni* Miscellaneor. Lib. singular. c. IX., et de jure educandi eorum, qui minus plene adoptant, — *Burchardi* Arch. f. civ. Pr. VIII. p. 185 sq.

6) Vid. tamen § 8. in f. I. *quibus mod. jus potest. solv.*

7) *C. G. Schmitt* D. de adopt. minus plena. Jen. 1823.

8) Vid. § 552. not. 4. et cf. L. 29. § 3. D. *de inoff. test.* (V, 3.); quem in loc. vid. Basilic. Schol. T. V. p. 248. not. x. y. — Vid. et supra not. 5. in f.

9) L. 38. 39. D. *h. t.*

10) Vid. v. c. *Cic.* Brut. c. 58.—*Sueton.* in vita Jul. c. 83. — *Cujacii* obs. VII, 7. — *Ulr. Huberi* Digression. Justin. P. I. Lib. II. c. 23. § 2.—*Schultingii* enarr. Part. I. Dig. ad Tit. de adopt. § 4. — Cf. et *Jo. Gu. Hofmanni* singularia capita ex histor. triumviratus § 2. (in *Fellenbergii* jurisprudentia antiqua T. II. p. 274 sqq.) — *Dirksen* Vers. z. Krit. u. Ausleg. etc. p. 73 sqq.

11) L. 26. C. *de nupt.* (V, 4.)

12) Velut. a) L. 1. § 3. D. *de obseq. parent. praest.* (XXXVII, 15.) — b) L. 3. § 4. D. *de hom. lib. exhib.* (XLIII, 29.) — c) L. 17. C. *de his, qui accus. non. poss.* (IX, 1.) — *J. B. de Staud* (Pr. *F. G. Struve*) D. de jure alumnorum. Jen. 1716.— Cf. et L. 132. pr. D. *de V. O.* (XLV, 1.). . . . . . «Sed si is, qui legitime adoptavit, nihil facit contra verba stipulationis, cum utitur patrio jure: in eo, qui haec non fecit, dicit (*al.* licet) supervacuo: dici tamen poterit, commissam esse stipulationem.» (*Al.* ita legunt ac distinguunt: « — cum utitur patrio jure in eo, qui haec non *facit*, dicit supervacuo.») Vid. *Hug. Donelli* comment. ad Tit. de V. O. p. m. 385. B.

§ 555.

1) L. 2. § 2. L. 15. pr. L. 40. pr. D. *h. t.* — § 11. I. *eod.* — Cf. § 9. I. *quib. mod. pot. solv.* — L. 27. D. *h. t.* «Ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet in jure civili.» — Cf. § 561. not. 19. a.

2) § 2. I. *de adquisit. per adrogation.* — Cf. infra § 563. nr. 1. § 564. § 572. not. 8. — Cf. et § 184. in f.

3) § 3. I. *h. t.* — L. 22. pr. D. *eod.*

impubes petit ab adrogatoris heredibus, aut, si quid in fraudem ipsius alienatum fuerit, id quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocat [4]). 3) Mortuo impubere, sive ante adrogatorem, sive post illum, bona ejus his restituenda sunt, ad quos, si adrogatio facta non esset, impuberis hereditas perventura fuisset; qui quidem aut ex stipulatu, aut si omissa fuerit satisdatio, utili actione experiantur cum adrogatore ejusve heredibus [5]).

§ 556. 2) *De legitimatione* (*). a) *Ejus indoles et notio.*

Fieri pluribus olim modis potuit, ut liberi ex conjugiis non justis nati et legitimorum statum nanciscerentur et in genitoris potestatem venirent, velut causam probando (§ 550. not. 3. b.), privilegio [1]), adrogatione [2]). Ac primus quidem Constantinus M. novae introducendae rationi, qua naturales liberi familiae adsciscerentur patris hujusque ipsius subjicerentur potestati, auctor fuit. Qui statuit, ut, si quis concubinam, ingenuam illam quidem, uxorem duceret, liberos ex illa susceptos suos haberet ac legitimos. Quae quidem lex, cum non nisi ad eos pertineret, quibus jam essent concubinae, postea a Zenone imp. fere renovata [3]), tandem a Justiniano in perpetuam jurisdictionem conversa est [4]). At jam ante illum Theodosius II. aliud patribus paraverat auxilium, idque perpetuum, ad legitimos efficiendos naturales liberos: quam quidem legitimationem per curiae oblationem nunc vocant [5]). Atque hoc quoque jus confirmavit Justinianus adauxitque [6]), qui etiam novam superaddidit formam, scilicet certis modis et per rescriptum a principe impetratum fieri permittens, ut in patris familiam adsciscerentur naturales liberi [7]). Itaque factum est, ut certis perpetuisque formis concluderetur omnis haec patriae potestatis acquirendae ratio, quam quidem legitimationem vocant (§ 550. not. 2.). Est autem legitimatio actus, quo legitime natorum jura tribuuntur naturalibus liberis [8]).

§ 557. b) *De iis, quae necessaria sunt in legitimationibus.*

Ut omnino locus sit legitimationi, ex concubina nati sint liberi necesse est [1]); certe secundum Romani juris praecepta [2]). Praeterea consentire debent, qui

4) § 3. I. *h. t.* — L. 2. C. *eod.* — L. 22. pr. D. *eod.*—L. 8. § 15. D. *de inoff. test.* (V, 2.) — L. 1. § 21. D. *de collat.* (XXXVII, 6.)—L. ult. D. *si quid in fraud. patroni fact. sit.* (XXXVIII, 5.) — Cf. *Schulting* enarr. part. primae Dig. ad h. t. § 10.

5) L. 19. D. *h. t.* (cf. § 555. not. 8. et *Schulting* l. l. § 9. in f.).

§ 556.

(*) *Ge. Jordens* disputt. duae de legitimatione. Traj. ad Rh. 1742. et 1743. (ap. *Fellenberg.* Jpdtia antiq. Nr. XVII. T. II. p. 325 sqq.).

1) L. 57. § 1. D. *de R. N.* (XXIII, 2.)—Cf. *Cujacii* obs. XV. 15. et *de Buchholtz* jur. Abh. Nr. XIII.

2) L. ult. D. *de adopt.* (I, 7.) — L. ult. D. *de his, qui sui vel alieni jur.* (I, 6.) — Quae quidem naturalium liberorum adrogatio a Justino imp. prohibita (L. 7. C. *de nat. lib.* V, 27.), eaque prohibitio a Justiniano confirmata est. Nov. 74. c. 3. et Nov. 89. c. 11. § 2.—Cf. § seq. not. 4.

3) L. 5. C. *de naturalib. liberis.*

4) L. 10. 11. C. *de nat. lib.* — Nov. 12. c. 4. — Nov. 18. c. 11. — Nov. 74. c. 1. — Nov. 89. c. 8.

5) L. 3. C. *de nat. lib.* — *Theophilus* ad § 2. I. de hered. ab intest. (*Savigny* Gesch. des R. R. im Mittelalter I. p. 23. 24.). — *Jordens* l. l. Disp. I. c. 7. — *Reitz* in exc. XV. ad Theophili Paraphr. (p. 1205 sqq.). — *Jo. Wunderlich* de legitimatione per oblation. curiae liber singularis. Jen. 1759. 4.

6) L. 9. C. *de nat. lib.*—Nov. 89. c. 2. et 3.

7) Nov. 74. c. 1.—Nov. 89. c. 9.

8) Cf. (*Hübner*) Bericht. u. Zus. zu *Hoepfner's* Comment. p. 77 sqq.

§ 557.

1) L. 5. C. *de nat. lib.*

2) Quod quidem secus est eo, quo utimur, jure. c. 1. et 13. X. *qui fil. sint. legit.* (IV, 17.) (cf. et Nov. 78. c. 4.).— *J. H. Boehmer* D. de legitima-

patriae potestati subjiciantur [3]). Denique certa forma celebranda est legitimatio. Eaque, eo quidem, quo utimur, jure, duplex est: altera per instrumentorum celebrationem, i. e. per subsequens matrimonium; altera per rescriptum principis [4]). Prior illa requirit, cum ut connubium sit patri naturalium liberorum cum concubina, tum vero ut dotalibus instrumentis perficiantur nuptiae [5]). Per rescriptum autem legitimatio celebrari nequit, si aut per subsequens matrimonium fieri potest, aut legitima jam est soboles patri [6]). Nonnumquam et liberi per se soli rescripti impetrandi jus habent, siquidem pater testamento scripserit, se velle, ut liberi legitimi sint, sibique succedant [7]); quam quidem legitimationem per testamentum perperam vocant. Ea autem patris declaratio, quae legitimatio per nuncupationem filii a nonnullis appellatur, prorsus ab hoc loco aliena est [8]).

§ 558. c) *Vis legitimationis.*

Legitimationis vis atque auctoritas haec est, ut, tamquam si ex matrimonio justo nati sint naturales liberi, sic legitimi efficiantur, et potestati subjiciantur patris [1]), dummodo ipse impetret rescriptum (§ 557. not. 7.). Quemadmodum autem omnino non est opus, ut ad fictionem juris confugiamus, quo, quaenam sit legitimationis vera ratio, intelligatur: sic nec ad id tempus, quo aut concepti aut nati sunt naturales liberi, retrotrahi debet legitimationis vis [2]). Ea vero legitimationis species, quam minus plenam vocant, ex patrio jure repetenda, juri Romano prorsus incognita est [3]).

§ 559. II. *Quibus modis patria potestas solvitur* (*). A) *Causae finiendae patriae potestatis* 1) *summatim exponuntur.*

Tollitur patria potestas I) morte, cum naturali [1]) tum civili, i. e. capitis demi-

tione ex damnato coitu natorum (Hal. 1735. et in exercit. ad Pand. I, 20.). — *Ejusd.* Jus. eccl. Prot. Lib. IV. T. 17. § 16 sqq. — Nec, quod ad liberos ex adulterio natos attinet, contraria est c. 6. X. *eod.* — Vid. *Boehmer* Diss. laud. § 22. et Jus eccl. Pr. l. l. § 22. — Dissent. *E. Schrader* Abh. aus d. Civ. R. I. (Hannov. 1808.) Nr. I. — Cf. inprimis *C. F. Dieck* Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle 1832.

3) L. ult. D. *de his, qui sui vel al. jur.* I, 6. (*Cujacii* obs. X. 23.). — Nov. 89. c. 11. pr. — *de Buchholtz* jur. Abh. Nr. XVIII.

4) Quae quidem ab adrogationis forma nihil quicquam differt, adeo, ut fere dici possit: naturalium liberorum adrogationem non simpliciter esse prohibitam, sed certis tantummodo circumscribi finibus. — Cf. *Jordens* l. l. Disp. I. c. VIII. § 2.

5) § ult. I. *de nupt.* — L. 11. C. *de nat. lib.* — Nov. 12. c. 4. — Nov. 18. c. 11. — Nov. 19. — Nov. 74. praef. § 1. 2. — Nov. 78. c. 4. pr. Nov. 89. c. 8.

6) Nov. 74. c. 1. et c. 2. — Nov. 89. c. 9. — Cf. *Ge. H. Ayreri* D. de rescripto legitimationis principis plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi exstent. Goett. 1748.

7) Nov. 74. c. 2. § 1. — Nov. 89. c. 10. — Cf. *Puttmanni* Miscellaneor. c. 7. p. 31. et inprimis *Marezoll* in Zeitschr. für Civilr. u. Proc. I. p. 78 sqq. Qui quidem hoc modo fieri non posse, nisi in subsidium, ut legitimationis rescriptum impetretur, pro certo affirmat, scil. ad talia legum verba provocans, quae, ut nobis quidem persuasum habemus, enunciative tantum imperator elocutus est.

8) Nov. 117. c. 2. — Cf. *Jordens* l. l. D. I. c. 5. § 1. 2. et supra § 205. not. 3.

§ 558.

1) Nov. 74. c. 2. pr. — Nov. 89. c. 8. et c. 9. § 1. — § ult. I. *h. t.* — De verborum, quae ibi in fine leguntur (« quod et aliis liberis ex eodem matrimonio procreatis similiter nostra constitutio praebuit »), interpretatione vid. *Jordens* Disp. I. c. 6. § 17. — 25. et *Weber* in calce comment. Höpfneriani p. 843 sqq. (ed. VIII.)

2) *Boehmer* Jus eccl. Prot. Lib. IV. Tit. 17. § 14. — *Jordens* l. l. Disp. II. c. II. et IV. — *J. J. Prehn* Unters. d. Fr.: ob d. Legitimation ausser der Ehe geborner Kinder sich in einer röm. Erdichtung gründe? Rost. 1777. 4. — *Thibaut* civilist. Vers. I. Nr. 10. — Neque contraria est L. 1. C. *de nat. lib.* — Vid. inprimis *Thibaut* l. l. p. 182. (ed. II.). — Cf. et Nov. 78. c. 4.

3) De qua vid. *Glück* Pand. II. § 145. et *Güntheri* princ. jur. rom. priv. noviss. II. § 482. et ibi laudd. scriptt.

§ 559.

(*) Inst. (I, 12.) *quibus modis jus potestatis solvitur.* — Dig. (I, 7.) *de (adoptionibus et) emancipationibus, et aliis modis, quibus potestas solvitur.* — Cod. (VIII, 49.) *de emancipationib. liberor.* — *Chr. Thomasii* D. de usu practico illius institution., quib. mod. j. p. p. solvitur. Hal. 1727. (in diss. acadd. T. IV. Nr. 13.).

1) Pr. I. *h. t.* « mortuo vero avo non omnimodo

nutione maxima vel media [2]), qua quidem interveniente nonnumquam restituitur patria potestas, scilicet aut postliminio, aut in integrum restitutione, quae vel a principe vel a judice fit [3]). II) Ipso jure; idque accidit aut propter dignitatem liberorum [4]), aut in poenam patris [5]); quibus etiam aliae jure patrio adnumerandae sunt causae [6]). Caeterum, quotiescunque ipso jure perimitur patria potestas, qui ita liberantur, capite non minuuntur, i. e. retinent jus suum in patris familia [7]). III) Per exceptionem, velut rei judicatae [8]); qua qui utitur, sponte etiam familiae juribus sese abdicat. Ac similiter etiam actioni de patria potestate praescribi posse putant [9]). Denique IV) actu civili, quo quidem aut transfertur patria potestas, ut adrogatione patrisfamilias (§ 555. not. 1.), ut datione in adoptionem; aut prorsus tollitur, ut emancipatione. De quae jam separatim erit dicendum.

§ 560. 2) *Singulatim de emancipatione* (*).

Emancipatio est actus, quo e patria potestate ita dimittuntur liberi, ut sui juris efficiantur. Quae ut recte fiat, et consensus necessarius est eorum, ad quos ea res proxime pertinet, et forma adhibenda legibus praescripta [1]). Et consentire quidem plerumque debent cum pater emancipans [2]), qui tamen ad emancipandum cogi nonnumquam potest [3]), tum vero ipsi liberi, de quorum emancipa-

nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris recasuri non sunt.» Cf. supra § 549. not. 8.

2) § 1. et 3. I. *h. t.* — *Ulpiani* Fr. X, 3.

3) a) § 5. I. *h. t.* — b) § 1 in f. I. *eod.* — L. ult. C. *de sent. pass. et rest.* (IX, 51.) — Cf. *Schulting* in enarr. part. primae Dig. ad h. t. § 16.

4) Nov. 81. pr. et c. 1. — § 4. I. *h. t.* — L. 66. C. *de decurionib. et filiis eor.* (X, 31.) — L. ult. C. *de consul.* (XII, 3.) (*B. H. Reinoldi* varior. c. 19.).— Nov. 81. c. 3. — De jure veteri vid. *Gaji* inst. I. § 130. III. § 114. in f.— *Ulpiani* Fr. X. § 5. —*Gellii* N. A. I, 12.—*J. W. Trier* (resp. *Loefen*) D. de dignitatibus, quae liberant a patria potestate. Frcf. 1737.—*J. L. Uhlius* utrum gradus academici liberent a patria potestate? Frcf. 1763.

5) a) L. 2. C. *de infantib. exposit.* (VIII, 52.) et Nov. 153. — c. un. X. *de infant. exposit.* (V, 11.) (Caet. vid. *de Buchholtz* jur. Abh. p. 222—229.) —b) L. 12. C. *de episc. et cler.* (I, 4.) — L. 6. C. *de spectacul. et scenic.* (XI, 40.) — c) Nov. 12. c. 2.

6) *J. H. Boehmer* D. de statu liberorum sui juris factorum per separationem vel nuptias. Hal. 1721. — *Pufendorf* obs. I, 99. II, 115. III, 1. — *Runde* d. Privatr. § 620. — *Glück* Pand. II. § 161. p. 435—444. — Cf. *Hier. Andreae* s. *G. W. Saceri* comment. de potestate patris in filiam maritam (ed. 2.). Helmst. 1745. —*G. F. Krause* differ. emancipationis tacitae Romanae ac Germanicae. Vit. 1759.

7) Nov. 81. c. 2.—Nov. 12. c. 2. et arg. L. 25. D. *de leg.* (supra § 62. not. 13.).

8) L. 1. § 4. D. *de liber. exhib.* (XLIII, 30)

9) Propter L. 1. C. *de p. p.* VIII, 47. et L. 25. pr. D. *h. t.* — Vid. *Thibaut* üb. Besitz u. Verj. § 61. — Cf. *Heimburgii* Diss. infra (§ seq. not. *.) laud. § 8. et *Krausii* D. supra not. 6. laud. § 3.

§ 560.

(*) *Gerl. Scheltinga* D. de emancipationibus. Franeq. 1730. et 1731. (in *Fellenbergii* jurisprudentia antiqua T. II. Nr. 18.). — *Jo. C. Heimburg* (resp. *C. G. Freiesleben*) difficiliora emancipationis Romanae et Germanicae capita. Jen. 1742.

1) L. 3. C. *h. t.* «Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solenni vel casu liberantur: nec causae, quibus motus pater emancipavit filium, sed actus solennitas quaeritur.»— Tacitam igitur emancipationem jus Romanum non agnoscit. Dissent. *Krause* (diss. § 559. not. 6. laud.) § 2. 3., scilicet propter L. 1. C. *de patria pot.*—Cf. § 559. not. 9.

2) Vel avus. § — L. 31. D. *h. t.*—L. 4. C. *eod.*—Cf. § 7. I. *eod.* «Admonendi tamen sumus, liberum esse arbitrium ei, qui filium, et ex eo nepotem vel neptem in potestate habet, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere, et ex diverso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere.»

3) a) L. 92. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV 1.) — *Pauli* rec. sent. IV. T. 13. § 1. — Dissent. *Thomasius* (Diss. supra § 559. not. *. laud.) § 15. not. c. sq., et *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. I. p. 435—437. propter L. 114. D. *de leg.* I. «Sed, si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur, hoc facere: potestas enim patria inaestimabilis est.» — Sed vid. *Scheltinga* P. I. cap. V. § 7.—Cf. et *Heimburgium* l. l. § 19—21.—b) L. ult. D. *si quis a parente man.* (XXXVII, 12.) — c) L. 32. pr. L. 33. D. *h. t.* (cf. *Gaji* inst. I. § 137.).—Vid. et L. 3. § 6. D. *de minorib.* (IV, 4.) — Cf. *H. Donelli* comment. de jure civ. II. c. 20. § 17. 21. et *Auctoris* Cont. in comment. *Glückii* XXXVII. p. 419 sq. et 433.

tione quaeritur; nam nec abdicare pater liberos potest [4]), nec emancipare invitos [5]). Ad formam quod attinet emancipationis peragendae, tres esse statuunt emancipationum species: legitimam, Anastasianam, Justinianeam. Priorem illam, quae per imaginarias venditiones et manumissiones olim celebrari solita est, prorsus abrogavit Justinianus [6]); altera, quae etiam in absentium liberorum commodum adhiberi potest, rescripto principali, apud competentem judicem insinuando, perficitur [7]); Justinianea autem, quam in legitimae locum subrogavit imperator, coram magistratu vel judice competente inter praesentes peragenda est [8]).

§ 561. B) *Solutae patriae potestatis, et vel maxime emancipationis, vis.*

Solvitur patria potestas aut capitis deminutione interveniente, aut ea non interveniente, velut morte patris naturali, qua semper retinentur familiae jura, aliisque ex causis, quas quidem supra (§ 559.) enumeravimus. Quodsi capitis deminutio accidit, eaque vel maxime vel media (§ 559. not. 2.), non modo civilia jura pereunt, verum etiam ea, quae ex cognatione oriuntur, hereditaria illa quidem [1]). Sin minima tantum, qualem patiuntur et adoptati et emancipati [2]), civilia quidem jura plerumque perimuntur, non item naturalia [3]). Igitur 1) amittuntur jura sui heredis [4]), agnationis, et alia, quae ex mero jure civili descendunt [5]); cognationis jus, si quod est natura, manet integrum [6]). 2) Qui pleno cum effectu adoptantur, etiam jus ac nomen liberorum in naturali familia plerumque perdunt [7]); quod quidem retinent emancipati [8]). Praeterea 3) filii emancipati et hereditas et tutela patri emancipatori defertur velut patrono [9]). Idemque

4) L. 6. C. *de patr. pot.* (VIII, 47.) « Abdicatio, quae Graeco more ad alienandos liberos usurpabatur et ἀποκήρυξις dicebatur, Romanis legibus non comprobatur. » — *C. H. Breuning* D. de abdicatione ad L. 6. C. *de patr. pot.* Lips. 1753. — *Glück* Pand. II. § 160. p. 418 — 430. (ed. II.). — Caeter. vid. § 211. nr. 2. et not. 12.

5) L. 5. C. *h. t.* — Nov. 89. c. 11. pr. — *Paulli* rec. sent. Lib. II. T. 25. § 5. — Caeter. vid. a) L. penult. in f. C. *h. t.* — b) § 3. I. et L. 10. pr. C. *de adopt.* (VIII, 48.) — Cf. *Scheltinga* P. I. c. V. § 3. 4. contra quem *de Buchholtz* jur. Abh. Nr. XVII.

6) § 6. I. *h. t.* — L. ult. C. *eod.* (cf. *Gaji* inst. I. § 134—136. — *Ulpiani* Fr. X, 1.

7) L. penult. C. *h. t.* — *Scheltinga* P. I. c. IV. § 2. 3. — *Gluck* l. l. p. 409. 410. — Cf. *Donellus* l. l. § 24.

8) L. ult. C. *h. t.*

§ 561.

1) Vid. supra § 184. ad not. 12. 13. 14.

2) § 3. I. *de cap. dem.* — L. 3. L. 11. in f. D. *de cap. min.* (IV, 5.) — Vid. et L. 3. § 2. L. 6. L. 7. pr. § 1. *eod.* — Cf. supra § 184. not. 6 — 8.) — Sunt quidem qui statuant, emancipatorum capitis deminutionem jure Justinianeo esse sublatam, quoniam imaginem istam servitutis, e qua repetat Paulus (L. 3. § 1. *de cap. min.*), c. d. abrogaverit Justinianus (L. ult. C. *h. t.*). Quae quidem opinio, licet illam summi viri tuiti sint, tamen, ut alia taceam, ipsis impp. verbis facile redarguitur. § ult. I. *de legit. agnat. succes.* « Quod *ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri*, cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset. » Vid. et L. 5. C. *h. t.* (« personae — de aliena potestate *quasi a parentibus ex emancipatione manumissae* liberentur ») et L. ult. in f. C. *eod.* (« *vana tantummodo observatione sublata* »). — Caeter. cf. *Ulr. Huber* digress. Justin. P. I. Lib. III. c. 6. § 3.

3) § 3. I. *de legit. adgnat. tut.* — § 11. 13. I. *de hered., quae ab intest.* — Caeterum per rescriptum fieri ita potest emancipatio, ut ne exstinguantur legitima jura. L. 11. C. *de legit. hered.* (VI, 58.)

4) § 9. I. *de hered., quae ab int. defer.* — Cf. not. 2.

5) Velut § 2. I. *de adsignat. libert.* — Cf. et § 184. not. 10.

6) Vid. not. 5. L. 3. § 10. D. *de grad. et adfin.* (XXXVIII, 10.) — L. 1. § 4. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.) — Cf. L. 5. § 1. D. *de agnosc. et alend. lib.* (XXV, 3.) et supra § 211. nr. 1. 2.

7) § 10. I. *de hered., quae ab intest.* — L. 8. § 12. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — Caeter. cf. L. 3. § 7. 8. L. 8. § 11. L. 21. § 1. D. *eod.*

8) § 11. 12. I. *de hered., quae ab int.* — § 5. I. *de exher. liberor.*

9) a) Inst. (I, 18) *de legit. parentum test.* — b) § ult. I. *de legit. adgn. success.* — L. 1. § 2. D. *si a parente quis manum. sit.* (XXXVII, 12.) — Except. vid. α) L. 1. § 3. *eod.* et infra § 629. Nr. I. — c) Cf.

adventitiorum bonorum (§ 568.) dimidiae partis usumfructum, tamquam emancipationis praemium, retinet [10]. 4) Cum minima capitis deminutione actiones, nisi quae aut ex delictis descenderent, aut naturalem praestationem haberent, stricto jure exstinguerentur [11]), sequebatur, ut amissarum actionum nomine in integrum restitutio necessaria esset creditoribus ejus, qui capite minueretur [12]). Nam qui e patris potestate exierat, ea non egebat restitutione, siquidem antiquiori jure nullae ad filiumfamilias pertinere poterant actiones, quae capitis deminutione perirent [13]); quae vero novis legibus constituta essent jura, ea capitis deminutione non perire Romani putarunt [14]). 5) Adoptivi emancipatio similem habet vim, qualem naturalis filii. Est tamen inter utramque quod differat. Nam finita patris adoptivi potestate nullum fere ex pristino jure remanet vestigium [15]). Itaque adoptivi emancipati gradum nomenque liberorum penitus amittunt [16]), qui quidem in naturalis patris familia idem recuperant; scilicet si vivo genitore emancipantur [17]). Atque eadem ratio efficit, ut jus cognationis, quod quis adoptione consecutus est, post emancipationem in totum perimatur, contra vero restituatur, quod adoptione amissum est [18]). Denique silentio non praetermittendum, quod jam supra observatum est, scilicet adoptivum, eundemque ex patria potestate dimissum, redadoptari non posse, quod quidem contra est in naturalibus [19]). Caeterum 6) licet filii antea emancipati adoptione patria potestas non translata, sed reddita videatur [20]), tamen «si pater filium, ex quo nepos illi est in potestate, emancipaverit, et postea eum adoptaverit, mortuo eo nepos in patris non revertitur potestatem. Nec is nepos in patris revertitur potestatem, quem avus retinuerit, filio dato in adoptionem, quem denuo redoptaverit» [21]).

et L. un. C. *de ingrat. liberis*. (VIII, 50.)—Neque vero per omnia exaequata sunt et patronorum et parentum manumittentium jura. L. 2. 4. et 5. D. *si quis a par. manum.*—Cf. *H. Donelli* comment. jur. civ. II. c. 27. § 14.

10) § 2. I. *per quas person. nob. adquir.* — L. 6. C. *de bonis, quae liber.* (VI, 61.) — *Scheltinga* I. I. P. II. § 19 sqq.— *Leyser* med. ad Pand. sp. 164. med. 5. — Cf. L. 3. C. *de bon. mat.* (VI, 60.) et *Schrader* civ. Abhandl. Abth. I. Nr. 4. § 4.

11) L. 2. pr. § 1. 2. 3. L. 7. § 1. L. 8. D. *de cap. min.* (IV, 5.) —*Schulting* enarr. part. primae Dig. IV. T. 5. § 3.—Vid. supra § 184. nr. a et not. 18.

12) Cf. L. 2. § 1. et 4. D. *de cap. min.* «Hoc judicium perpetuum est, et in heredes et heredibus datur.» (*Scheltinga* P. II. § 7.)—Atque hinc equidem crediderim, uno ex causis, quae vulgo solent afferri (velut a *Westenbergio* Pand. IV. P. 5. § 14.), hujus restitutionis nullum apud nos superesse usum.

13) a) L. 2. § 4. D. *de cap. min.* «Ei, qui debitorem suum adrogavit, non restituitur actio in eum, postquam sui juris fiat.»—b) Supra § 154. nr. 9. et A. L. Z. anni 1835. Nr. 67. p. 531.

14) L. 9. L. 13. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)—L. 8. 9. D. *de cap. min.* — *Cujac.* obs. XXII, 14. — Cf. § 184. in f. § 570. not. 1—11.

15) L. 13. D. *h. t.* (I, 7.).—L. 14. *eod.* — Caeter. vid. a) supra not. 4. et L. 2. § 15. in f. — L. 3. D. *ad SCt. Tertyll.* (*Loehr* Magaz. IV. Nr. 8. p. 115. not. 2.)—b) § 1. I. *de nupt.* — L. 55. pr. D. *de R. N.* (XXIII, 2.)

16) § 11. 12. I. *de hered., quae ab int. defer.* —§ 4. I. *de exheredat. liberor.* — L. 4. D. *si tab. test. nullae extant.* (XXXVIII, 6.)—L. 3. D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.)

17) § 4. in f. I. *de exheredat. liberor.* — L. 6. § 4. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.)—§ 10. I. *de hered., quae ab int.* (cf. L. 10. C. *de adopt.* (VIII, 48.)

18) § 3. I. *de legit. adgn. tut.*

19) Vid. supra § 552. not. 9.—Cf. L. 12. D. *h. t.* — *C. L. Crell* D. de filia vidua ad patrem reversa. Vit. 1754.—Vid. et supra § 555. nr. 1. 2.

20) L. 23. pr. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2.) — *Auctoris* Comm. *Gluckii* continuat. XXXVI. p. 284 sq.

21) L. 41. D. *h. t.*

TIT. II. DE PATRIAE POTESTATIS VI ATQUE EFFECTU.

Ge. Chr. Gebaueri de patria potestate Diss. I. et II. (*in ejus* exercit. acad. Vol. 1. nr. 6. 7.). — *C. F. Schott* (resp. *Fritz*) D. de potestate patria veter. Romanor. sec. scita jur. naturae considerata. Tub. 1756.

§ 562. I. *Jus patris in personas liberorum.*

Liberrima apud veteres Romanos patrum erat potestas in liberos, quippe qui necari, exponi, alienari possent impune [1]). Ac necare infantes aut exponere sub imperatoribus prohibitum est poenisque coercitum [2]); itemque alienandi jus, si non prorsus eversum, tamen quam arctissimis circumscriptum est cancellis [3]). Igitur haec sunt, quae Justinianeo jure patribus tribuuntur circa liberorum personas, nec ea quidem per omnia apud nos usitata : 1) Est patri facultas, non modo ad alios transferendi patriam potestatem (§ 551 sqq.), verum etiam liberos sanguinolentos, i. e. recens natos, propter summam egestatem victus causa vendendi [4]). 2) Praeter castigandi medicinam, quam quidem et uterque parens et adeo cognati possunt adhibere [5]), patri etiam permittitur filium officium suum paternamque disciplinam praefracte detrectantem, offerre magistratui, ut is cum ipsius patris approbatione animadvertat in filium [6]). 3) In liberorum nuptias consentiant patres plerumque necesse est (§ 511.). 4) Potest pater testamento impuberibus liberis et tutorem dare, et heredem scribere [7]). 5) Liberi ut ibi morentur necesse habent, ubi pater vult (§ 195. not. 15.). 6) Actionibus fere utitur pater propter liberos, tamquam si ipsius essent dominio subjecti. Quemadmodum enim injuria, quae his fit, qui in potestate sunt, ad patremfamilias spectare videtur [8]) : sic etiam Aquilia actio locum habet, si forte vulneratus sit filius; qua actione id pater consequetur, quod minus ex operis filii propter vitium habiturus sit [9]). Similiter furti actionem pater habet filii subrepti

§ 562.

1) a) L. 11. in f. D. *de lib. et posth.* (XXVIII. 2.) — L. 10. C. *h. t.* (VIII, 47.). — Cf. L. 5. D. *ad L. Pompej. de parricid.* (XLVIII, 9.) — b) *Sueton.* Octav. 65. — c) *Ulp.* Fr. (X, 1.) — Nec vero est, quod ex L. ult. C. *h. t.*, numquam Romae liberos vendendi jus fuisse patribus, colligamus. — Vid. *Ulr. Huberi* Digr. Justin. P. I. Lib. II. c. 4. § 3 — *Schulting* in not. ad Ulp. Fr. X, 1. not. 5. — *Bynkershoek* de jure occ. lib. (not. seq.) c. 1. in f.

2) L. un. C. *de his, qui parent. vel liber. occid.* (IX, 17.) — L. 8. C. *ad Leg. Cornel. de sicar.* (IX, 16.) — C. 2. C. *de infantib. exp.* (VIII, 52.) — At de tempore, quonam desierit hoc patrum esse jus, acriter disputatum est inter duumviros illos *Ger. Noodt* et *Corn. v. Bynkershoek*. Vid. *Noodt* Julius Paulus s. de partus expositione et nece ap. veteres lib. singular. (opp. T. I. p. 491 sqq.) — *Bynkershoek* de jure occidendi, vendendi et exponendi liberos (opp. P. I. p. 317 sqq.). — *Noodt* amica responsio *rel.* (opp. P. I. p. 513 sqq.) et cum notis *Bynkershoekii* s. curae secundae de jure occid. et expon. liberos, in huj. ipsius opp. P. I. p. 389 sqq. — Cf. et *Gebaueri* D. II. c. 2. et *Hauboldi* not. 2. ad *Heineccii* antiq. jur. rom. I. P. 9. § 5. p. 121. — Caeter. inter se conferantur L. 5. D. *ad L. Pomp. de parric.* (not. 1. a.). — L. 2. D. *ad L. Cornel. de sic.* XLVIII, 8. (*Ulp.* « Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemve provinciae debet ») et L. 3. C. *h. t.* (not. 6.)

3) L. 1. C. *de lib. causa.* (VII, 16.) — L. 39. § 3. D. *de evict.* (XXI, 2.) — L. 34. § 2. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. ult. D. *quae res pign. obl. non poss.* (XX, 3.) — L. 1. C. *de patrib., qui fil. suos distraxerint.* (IV. 43.) — § 7. I. *de noxalib. act.* (§ 573. not. 10.). — Cf. et not. seq.

4) L. 2. C. *de patrib., qui fil. distr.* — *Paulli* rec. sent. V. T. I. § 1. — *Ulr. Huberi* Digr. Justin. P. I. L. II. c. 5. — *Bynkershoek* de jure occ. lib. c. 8.

5) L. un. C. *de emend. propinq.* (IX, 15.) (§ 210. ad not. 6.).

6) L. 3. C. *h. t.* (VIII, 47.) — Cf. *Gebaueri* D. II. c. 2. § 3. et *Weber* ad *Hoepfner* § 102. not. 3. (vid. et L. 17. pr. D. *de furt.* (XLVII, 2.) et L. 9. § 3. D. *de offic. proc.* I, 16.).

7) a) L. 1. pr. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) — b) Pr. I. *de pupillari substitutione.*

8) L. 1. § 3. D. *de injur.* (XLVII, 10.)

9) L. 5. in f. L. 6. L. 7. pr. D. *ad Leg. Aquil.* (IX, 2.)

nomine [10]). Praeterea poterat etiam vindicare ex jure Quiritium liberos, qui vel ipsi se subducerent patri, vel ab aliis detinerentur. Jam vero juris nostri auctoribus magis esse conveniens visum est, ut non velut res peterentur liberi [11]), sed aut praejudiciis [12]), aut cognitione praetoria, aut interdicto, scilicet de liberis exhibendis et ducendis (not. 11.). Quod interdictum, licet etiam adjuvandae educationis gratia parentibus competat (§ 548. in. f.), tamen tamquam patriae potestatis praesidium a Praetore primum introductum est, eaque semper fere erit in hoc interdicto prior ac potentior causa [13]). Caeterum nec possidentur liberi a patribus [14]).

§ 563. II. *Qualem omnino gerat personam filiusfamilias, quaeritur.*

Filiusfamilias in publicis causis, velut in muneribus obeundis administrandisque, jure patrisfamilias aestimatur [1]). At nec in privatis causis persona deficitur, quatenus quidem impedimento non est patria potestas. Adeoque filius et negotia recte gerit, et sibi aliisque jura acquirit, et obligationis onus, dummodo pubes sit [2]), contrahit [3]), denique judicio legitime consistit (§ 569.). Qualis autem in rebus privatis patriae potestatis vis sit atque auctoritas, id vix est ut generali definitione contineatur, nec ejus rei omni tempore eadem fuit ratio. Verumtamen negari non posse videtur, hoc tamquam principium juris nostri auctores posuisse, scilicet in causis negotiisque privatis, qua quidem ad rem familiarem spectarent, unam esse eandemque et patris et eorum, qui una patriae potestati subjecti sint, personam [4]); quam quidem *unitatem personarum* recentiores vocant [5]). Quod, quemadmodum ex eo solo, tamquam ex fonte manavit, quod non nisi unicum olim esset in domestica societate patrimonium hujusque et modrator et dominus paterfamilias: sic in alias causas, nisi quae in ista ratione continerentur, minime valere potuit [6]). Jam igitur 1) nihil habere proprii antiquitus

10) § 9. I. *de obl., quae ex del.* — L. 14. § 13. D. *de furt.* — Caeter. vid. L. 38. § 1. D. *eod.* « Liberarum persoaarum nomine, licet forti aetio sit, eondietio tamen nusquam est.» — Vid. *Vinnius* in comment. ad § 9. I. cit. et *Heineccius* in not. ad eond. *Vinnium.*

11) L. 1. § 2. D. *de R. V.* (VI, 1.) « Per haoc autem aetionem liberae personae, quae sunt juris oostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, oon petuotur. Petuntur igitur aut praejodiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria; et ita Pomponius lib. XXXVII. : oisi forte, ioqnit, adjecta causa quis veodicet. Si quis ita petit filium suum [vel io potestate?] *ex jure Romano,* videtur mihi et Pomponios consentire, recte eum egisse : ait enim, adjecta causa ex lege Quiritium viodicare posse. » — Cf. *H. Donelli* comment. j. civ. II. c. 25. § 7 sqq. et *Gebaueri* D. I. e. 2. § 2. — Caeter. vid. *Zimmern* Röm. R.G. § 179. oot. 28.

12) Vid. supra § 183. not. 5.

13) Dig. (XLIII, 30.) *de liberis exhibendis item ducendis.* — Cf. supra § 548. not. 13.).

14) *Savigny* Besitz § 9. et § 26. (ed. V.). — Cf. *Gaji* inst. II, 90. et L. 30. pr. D. *de acq. v. am. poss.* (XLI, 2.)

§ 563.

1) L. 9. D. *h. t.* (1, 6.) — (*Gellii* N. A. II, 2.). — L. 13. § 5. L. 14. p. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1). — L. 3. D. *de adopt.* (1, 7.) — L. 2. D. *de off. Praet.* (1, 14.) — L. 4. C. *ne fil. pro patre.* (IV, 13.) — Caeter. vid. L. 20. § 6. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — L. 1. § 16. D. *de collat.* (XXXVII, 6.) — L. un. C. *de peric. successor. par.* (X, 61.)

2) Nam « qui in potestate parentis est impubes, nec auctore quidem patre obligatur. » L. 141. § 2. D. *de V. O.* (XLV. 1.) — Vid. § 178. not. 10. et de filiofamilias minore infra § 574.

3) *Gaji* inst. III. § 114. — L. 8. pr. io f. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 57. in f. D. *de jud.* (V, 1.) — § 6. io f. I. *de inutil. stipul.* — L. 39. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 141. § 2. *de V. O.* — Cf. § 178. not. 9. et § 370 sqq.

4) § 4. I. *de inutil. stipul.* — L. ult. in f. C. *de impub. et al. subst.* (VI, 26.) — Cf. infra not. 11. et 14.

5) Caeter. cf. *Andr. Flor. Rivini* (resp. *Hoefer*) D. de figmento fictionis unitatis inter patrem et filium. Lips. 1760.

6) Vid. v. c. § 8. I. *de test. ordin.* — Caeterum ipse abuti videtur principio Justinianus imp., qui in causa L. ult. C. *de impub. et al. subst.* (VI, 26.) proposita recte quidem judicat : Titium eum filiis junctim accipere hereditatis partem, ad quam una vocati sint, at rationem addit minime aptam : quod « pater et filius eadem esse persooa paene intelligantur. »

poterant liberi, sed quidquid acquirerent, id omne acquirebant patri [7]). Quod quamquam fere eversum est novo jure (§ seq.), tamen, quae inde pependerunt, non penitus abolita sunt. Nam non modo ex patris auctoritate pleraque agenda sunt, quae ad liberorum patrimonium pertinent [8]), verum etiamnum fieri potest, ut ex pristina illa ratione acquiratur patri [9]). Praeterea filio plerumque non est testamenti condendi jus, licet pater consentiat; quam quidem prohibitionem ex eodem fonte ducunt juris nostri auctores [10]). 2) Similis est ratio, quae prohibet, ut ne obligatio sit actiove inter patrem ac liberos, non magis quam inter eas personas, quae ejusdem patris potestati una sunt subjectae [11]). Nec igitur donationes valent, quas in liberos potestati subjectos contulit pater [12]), eaque olim non convaluere, nisi aut in emancipatione non essent ademtae [13]), aut testamento patris confimarentur [14]); donec obtinuit, ut ad donationum inter conjuges exemplum morte donantis convalescerent [15]). Caeterum et fidejubere filius potest pro patre [16]), et actiones inter parentes liberosque locum habent, quae ad ipsum jus familiae ac potestatis vel vindicandum vel removendum mitigandumque spectant [17]), nec omnino impeditur, quo minus naturalis sit inter eos obligatio, qui patriae potestatis vinculo junguntur [18]). — Ex eadem personarum unitatis causa 3) etiam illud descendit, quod, cui ipsi testes negotio adhiberi non possumus, eidem nec illi possunt, quibuscum domestica illa societate, quam descripsimus, conjuncti sumus [19]). Neque vero 4) dubitamus, quin ad eandem causam revocemus continuationem illam dominii paterni, quae jus sui heredis appellatur [20]); quod quidem post Praetoris interventionem [21]) onus esse

7) *Gaji* Inst. II. § 87.—*Ulpiani* Fr. XIX. § 18. 19. —Pr. I. *per quas pers. nob. aequir.*

8) L. 18. pr. et § 4. C. *de jure delib.* (VI. 30.)— L. 8. pr. § 1. et 4. C. *de bon., quae liber.* (VI, 61.) —Cf. L. 2. § 1. D. *de pollicit.* (L, 12.) et iofra § 568.

9) a) § 4. in f. I. *de inutil. stipul.* — b) L. 18. § 1. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — L. 8. § 1. 2. C. *de bon., quae lib.* — c) § seq. et ib. not. 8.

10) L. 25. § 1. D. *de m. c. don.* (XXXIX, 6.) — Pr. I. in f. *quib. non perm. fac. test.*—L. 8. § 5. C. *de bon., quae lib.* (VI, 61.)—Cf. § 569. oot. 1. h.

11) § 6. I. *de inutil. stipul.* — L. 2. pr. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.) — L. 4. et 11. D. *de jud.* (V, 1.)—L. 7. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)—L. 56. § 1. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.)—§ 12. I. *de obl., quae ex del. nasc.*—L. 16. io f. D. *de furt.* (XLVII, 2.) —L. 7. § 3. in f. D. *de injur.* (XLVII, 10.)—L. 38. pr. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.) (cf. *Glück* Paod. XIII. § 829. p. 89. oot. 87. et Archiv f. civilist. Praxis II. p. 425. — Caeterum sunt, qui usum hujus doctrinae io foris nostris negent, velut *C. H. Breuning* (resp. *Voigt*) Qu. an fictio unitatis personae hodie ooceat pacto inter patrem et filium inito., Lips. 1771. — *Einert* Diss. not. seq. laud. § 6.— *Glück* Paod. II. § 133. p. 272. (ed. II.) nr. 3. — Sed. vid. quae cootra disputat *Hoepfner* Comment. § 194. io f. et not. 11. — Cf. et *Schoemani* Handb. des Civ. R. II. p. 188—205.

12) Vat. Fr. § 295.—L. 1. § 2. D. *pro her.* (XLI, 5.) —L. 1. § 1. D. *pro don.* (XLI, 6.) (cf. not. 14.) — L. 11. C. *de donat.* (VIII, 54.) — *C. G. Einert* D. de valore donationum inter parentes et liberos. Lips. 1773.— *S. C. Klinkhamer* comm. de donat. (Amst. 1826.) § 11. p. 123 sqq. — *Unterholzner* ausf. Verj. Lehre I. p. 534 sqq. (nr. 3.) — *Hasse* Rhein. Mus. I, 3. p. 211.

13) L. 31. § 2. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) —Vat. Fr. § 255. § 260. § 261. (cf. iofra § 567. in f. et not. 8.).

14) Vat. Fr. § 294. (vid. *de Buchholtz* in not. h. l.—Cf. *Hasse* Rheio. Mus. I, 3. p. 205. not. 31.). — Vat. Fr. § 295. 296.— L. 1. § 2. D. *pro her.*— L. 1. § 1. D. *pro don.* (cf. oot. seq. in f.).

15) Vat. Fr. § 277. § 278. § 281. — L. 18. pr. C. *fam. erc.* (III, 36.) — L. 25. C. *de donat. int. conj.* (V, 16.) — Caeterom oon ex juris mutatione, verum ex eo, quod alias pater testato, alias intestato decessisse proponatur, locorum differentiam interpretandam esse autumant *Wenckius* in praefat. ad *Hauboldi* opp. I. p. LI sq. (§ XIII.) et *Unterholzner* l. l. p. 536 sq.

16) L. 10. § 2. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.) — *C. L. Crellii* obs. de fidejussione filii pro patre Vit. 1753.

17) Igitur noo modo pater adversus liberos officia sua detrectaotes agere potest (§ 562 not. 11. 13.), verum etiam liberis *extra ordinem* certis ex causis etiam adversus pareotes agere permittitur; vid. v. c. L. 19. D. *de R. N.* (XXIII, 2.) (cf. supra § 511. oot. 6.).—L. 5. § 7. D. *de agnosc. et alend. lib.* (XXV, 3.)— L. 4. C. *eod.* (V, 25.) (supra § 517 sqq.) — L. 92. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) (supra § 560. not. 3.)— L. 16. § 11. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) — c. 11. X. *de sponsal.* (IV, 1.)

18) L. 38. pr. § 1. et 2. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.) — Cf. *Weber* nat. Verb. § 87. — (Cf. et infra § 567. oot. 6.)

19) § 9. 10. I. *de test. ordin.* — L. 20. § 3. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1.)

20) *Gaji* inst. II. § 157. 158. — L. 11. D. *de lib. et posth.* (XXVII. 2.) — § 2. I. *de hered. qual. et differ.*— § 2. I. *de hered., quae ab int. defer.*— Cf. *Hugo* R. G. ed. XI. p. 160. et *Auctoris* Comm. *Glückii* continuat. XXXVI. p. 144 — 146.

21) § 2. in f. I. *de her. qual et differ.*

desiit liberorum. Ac de eo non est, quod hoc quidem loco pluribus dicatur.

§ 564. III. *De peculio eorum, qui patriae potestati subjecti sunt* (*), 1) *generatim disseritur.*

Peculium liberorum appellatur, quidquid a patris rationibus separatum habent filii- filiaevefamilias [1]). Et antiquitus quidem peculia non habuerunt filiifamilias, nisi quae a patribus velut precario jure eis concessa essent. Accessit deinde, sub imperatoribus, ut arbitror [2]), castrense peculium, in quo plenissimum erat liberis jus et velut patrumfamilias auctoritas. Postea ad alia nonnulla quaestuum genera, qui quidem praeter militiam fierent a filiisfamilias, idem jus subinde translatum est [3]), idque appellatum quasi castrense peculium. At vero plus etiam ad patrum jura evertenda valuit id peculii genus, quod adventitium vocant [4]), medium quodammodo obtinens locum inter duo illa, quae superius descripsimus. Jam etenim ante christianorum impp. tempora obtinuerat, ut bona quaedam juris auctoritate adsignarentur liberis [5]), non quasi patribus familiarum, sic tamen, ut aut nihil admodum aut non multum auctoritatis patribus ipsorum in ejusmodi bonis relinqueretur. Eam autem peculii adventitii formam, qua nunc fere utimur, primus instituit Constantinus M., id praecipiens, ut earum rerum, quae ex matris successione ad liberos devolutae fuerint, liberis dominium pater servaret [6]). Quod quidem jus et ad materni generis bona et ad lucra nuptialia subinde translatum [7]), tum vero apertius sancitum est, ut dominium statim ad liberos pertineret, patres tantum usumfructum et administrationem haberent [8]), donec

§ 564.

(*) *J. T. Carrach* (resp. *Heese*) D. de differentiis jur. Rom. et Germ. in peculio inprimis filiorumfamilias. Hal. 1745. — *Chr. Rau* historia juris civilis de peculiis. Lips. 1770. — *G. A. C. Kleinschrod* (Pr. *J. M. Schneidt*) D. de jure filiifamilias disponendi de peculiis. Wirceb. 1784. — *C. L. F. Luden* D. de peculiis sec. jus. Rom. Gött. 1835. 8.

1) L. 5. § 4. D. *de pecul.* (XV, 1.) — Cf. not. 4. et Archiv f. civ. Pr. XVII. p. 340.

2) L. 11. D. *de castr. pec.* (XLIX, 17.) — *Auctoris* obs. jur. Rom. I. § 11. p. 28. — Dissent. *Rau* l. l. § 7. p. 19 sq.

3) Quasi castrensis peculii jam ab ipso Ulpiano mentio fit, L. 1. § 6. D. *ad SCtum Trebell.* (XXXVI, 1.) — L. 3. § 5. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.) — L. 1. § 15. D. *de collat.* (XXXVII, 6.) — L. 7. § 6. D. *de donat.* (XXXIX, 5.); verum enimvero de horum locorum integritate minime inter doctos convenit. — Cf. *Schulting* jurisprudentia ante-Justin. p. 470. not. 27. — *Rau* l. l. § 8. p. 27. — Vid. et *J. Valckenaer* (Pr. *B. Voorda*) D. de peculio quasi castrensi, veteribus JCtis incognito *rel.* Lugd. Bat. 1780. — Contra quos *Zimmern* Röm. R. G. § 188. not. 1. — *de Loehr* Archiv für civilist. Praxis X. p. 175 (nr. 3.) sq. — *Auctoris* Comm. *Glückii* continuat. XXXV. p. 200. not. 49.

4) Caeterum adventitium non esse *peculium*, affirmant et *Carolus Wille* in Disp. de luctuosis hereditatibus (Vratisl. 1824.) p. 9. in fin. sq. et *Hugo* (civ. Mag. V. Nr. XIX. p. 508 sqq. VI. Nr. IV. p. 75 sqq.), quos secutus *Luden* l. l. § 13. At vero cum ad omnem pecuniam, quae quoquo modo, quamvis dissimillimis juribus, ad personas potestati aut domini aut patris subjectas spectaret, quin etiam ad uxoris bona receptitia (L. 9. § 3. D. *de jure dot.* — L. 31. § 1. D. *de donat.* — Vat. Fr. § 112. et 254., supra § 540. not. 3.) peculii nomen referre haud dubitarent veteres, equidem non video, quare non idem quoque ad materna filiorum bona reliquaque ex eo genere accommodari possit. Sane, quam fuerit familiare juris nostri auctoribus peculii nomen in hujusmodi causis, ex eo intelligi potest, quod in constitutione quadam *Theodosii II.* (L. 2. C. *de bonis, quae liberis* VI, 61.) legitur: filiorumfamilias res non ad patres eorum *jure peculii*, verum ad ipsorum liberos *jure hereditatis* transmitti; unde colligere licet, antea patres usos esse jure, filiorum bona peculii jure sibi vindicandi; vid. not. 11. et cf. *Zimmern* Röm. R. G. § 190. — *Unterholzner* in Ephemerid. Tubing. T. V. p. 205 sqq. — *Auctoris* Comm. *Glückii* continuat. XXXV. p. 190 sq. not. 28.

5) Vid. a) § 552. not. 8. 9. et § 567. not. 2. — b) L. 50. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) (cf. infra § 569. not. 4.).

6) L. 1. Th. C. *de matern. bon.* (VIII, 18.) (coll. L. 1. Just. C. *eod.* (VIII, 60.) et *Loehr* Archiv f. civ. Praxis X. p. 167. not. 15.) — L. 2. Th. C. *eod.*

7) L. 6. et 7. Th. C. *de mat. bon.* — L. 2. J. C. *eod.* — L. 1 — 5. C. *de bon., quae liber.* (VI, 61.)

8) L. 9. Th. C. *de mat. bon.* — L. 3. C. *de bon. mat.* (VIII, 60.)

Justinianus constituit, ut idem in omnibus valeret, quaecunque liberis quaererentur, neque ad castrensia vel quasi castrensia bona essent referenda [9]; causis etiam nonnullis additis, quae efficerent, ut ne administratio quidem et ususfructus patribus relinqueretur (§ 569.). Igitur ipso quidem jure praeter usumfructum nihil fere quaeritur patribus per liberos; licet ea ratio, quae antiquitus effecit, ut recta via patresfamilias acquirere possent per eas personas, quae potestati illorum subjicerentur, non possit prorsus videri esse sublata [10]. Jam vero singula peculiorum genera expondituri, eum servabimus ordinem, quem vulgo sequuntur, videlicet ut primum proposito militari peculio, quod vocant, in quo et castrense est et quasi castrense, deinde progrediamur ad paganum [11], idque dividamus in duas species, quarum alteram appellemus profectitium peculium, alteram adventitium, itemque adventitii duas distinguamus formas, et ordinarii s. regularis, et extraordinarii s. irregularis, ut nunc quidem vocari solent.

§ 565. 2) *De militari, eoque* a) *castrensi peculio* (*).

In castrensi peculio sunt res mobiles, quae tironibus militibusve [1]) aut a parentibus, aut a propinquis, aut ab amicis donantur, item quae per occasionem militiae quaeruntur, quo in genere etiam sunt commilitonum hereditates; praeterea quae castrensi pecunia emuntur, aut peculiaribus rebus accedunt [2]); denique, ex D. Hadriani rescripto, quae uxorum testamentis militibus obveniunt hereditates [3]). Sola autem donantium aut testantium voluntas efficere non potest, ut in castrensium numero habendae sint res [4]). Jam vero, cum in castrensi peculio patrisfamilias jure filius utatur [5]), sequitur 1) ut et obligatio et actio eo nomine cum patre esse possit [6]); 2) ut ex omni contractu extraneis obligetur filius [7]); 3) ut testamento de castrensibus bonis statuendi jus ei sit [8]). Nam quod scribitur: non omnimodo filios quasi patresfamilias esse in re castrensi [9]), id partim referendum est ad veterum JCtorum controversiam de ea quaestione: num *heres* sit, qui ex filii testamento in castrense peculium succedat? partim vero ad patris jus, filii intestato mortui peculium jure peculii sibi vindicandi [10]). Quod

9) L. 6. et 8. C. *de bon., quae liber.*

10) *Ulpiani* Fr. XIX. § 18. — L. 7. D. *de pact. dotal.* — L. 55. D. *de acq. rer. dom.* (XLI, 1.) — L. 38. § 17. L. 45. pr. L. 30. in f. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. supra § 131. et § 563. not. 9.

11) L. 3. C. *de inoff. test.* (III, 28.) « — Vel enim paganum est peculium, vel castrense » *rel.*

§ 565.

(*) Pr. 1. *quib. non permitt. facere test.* — Dig. (XLIX, 17.) et Cod. (XII, 37.) *de castrensi peculio.* — *Jos. Fern. de Retes* opusculor. Lib. V. de castr. peculio (in *Meerm.* thes. VI. p. 240 sqq.).

1) L. 1. C. *h. t.* (« — res mobiles, quae *eunti in militiam* — — donatae sunt. ») — L. 11. D. *h. t.* (« — — quod — — *in militia agenti* — — — donatum est »).

2) L. 11. D. *h. t.* — L. 1. C. *eod.* — L. 8. D. *eod.* (not. 4.). — L. 19. pr. D. L. 4. C. *eod.*

3) L. 13. L. 16. pr. D. *h. t.* (*Cujacii* comment. ad Lib. 19. resp. *Papiniani*, opp. posth. edit. Paris. T. 1. P. II. p. 615 sqq.) — Cf. L. 16. § 1. *eod.*

4) L. 8. D. *h. t.* (« Si forte uxor, vel cognatus, vel quis alius, non ex castris notus, filiofamilias donaverit quid, vel legaverit, et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat: an possit castrensi peculio adgregari? Et non puto. Veritatem enim spectamus, an vero [*al.* vera, *al.* vere] castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit »). — Cf. § 83. not. 5.

5) L. 2. D. *ad SCt. Maced.* (XIV, 6.) — L. 4. § 1. L. 5. L. 15. § 3. D. L. 2. L. 3. in f. C. *h. t.* — L. 18. § 4. 5. D. *h. t.* — L. 4. § 2. D. *h. t.*

6) L. 15. § 1. et § 3. in f. D. *h. t.* — L. 4. in f. D. *de jud.* (V, 1.) — Caeter. vid. a) § 9. I. *de test. ordin.* — b) L. 18. pr. D. *h. t.*

7) L. 1. in f. L. 2. D. *ad SCt. Macedon.*

8) Pr. I. *quib. non permitt. fac. test.*

9) L. 10. pr. D. *ad SCt. Tertyll.* (XXXVIII, 17.)

10) a) L. 31. pr. D. *de her. pet.* (V, 3.) — L. 2. § 2. D. *fam. erc.* (X, 2.) — L. 18. pr. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.) (cf. L. 20. § 10. *eod.*). — b) L. 1. 2. D. *h. t.* — L. 1. § 22. D. *de collat.* (XXXVII, 6.) — L. 9. L. 17. pr. L. 18. § 1. L. 19. § 3. D. *h. t.* —

quidem patrum jus, novo introducto successionis ordine penitus evanuit [11]).

§ 566. b) *De quasi castrensi peculio* (*).

Quosi castrensi peculio adnumeranda sunt 1) quae officio publico [1]), tum etiam advocationibus quaeruntur [2]); 2) quae ex principis vel Augustac donationibus liberis obtigerunt[3]); 3) quae ad clericos quacunque ratione pervenerunt [4]). Eaque, etsi non statim ab initio, tamen ex Justiniani constitutione, castrensibus bonis per omnia cxaequata sunt [5]). Quocirca quasi castrense peculium haud incommode interpretari licebit : pecuniam, quae ad castrensis similitudinem pleno jure est penes filiumfamilias.

§ 567. 3) *De pagano peculio, eoque* a) *profectitio* (*).

Quidquid ex re patris obvenit liberis, nec vero ad castrense peculium referendum est, id appellamus profectitium peculium [1]). Datur autem a patre vel propter nuptias, vel alias ob causas. Atque illud quidcm proprio suo jure sulsque nominibus stat; quem locum supra de dotibus deque propter nuptias donationibus disserentes, plene absolvimus [2]). Jam vero quod alioquin datur aut conceditur, patris utique computatur in bonis [3]), qui quidem, quandocunque voluerit, revocare potest peculium una cum accessionibus, quippe quae cedant peculio, velut personae [4]). At id semper concessisse videtur pater, ut obligationes peculii nomine contrahere possit filius [5]). Quid ? quod etiam ejus, quod ipse concessit,

Cf. *Auetoris* obs. jor. Rom. 1. § 11. p. 27 — 32. el Arch. f. civ. Pr. XVII. p. 341—343.

11) Nov. 118. c. 2. — *Vinnius* ad pr. 1. quib. non permitt. facere lestam. Nr. 4. — *Auetoris* comm. *Glückii* continuat. XXXV. p. 192 sqq. — Similiter L. 3. C. *de bon proscript.* (IX, 49.) derugatur per Nov. 134. c. ult.

§ 566.

(*) *Zimmern* Röm. R. G. § 188. — *Luden* diss. cit. § 10.

1) L. 7. C. *de adsessorib.* (1, 51.) — L. ult. pr. C. *de inoff. test.* (III, 28.) — L. un. C. *de eastrensi omnium palatinorum officio*, (XII, 31.) — L. ult. C. *h. t.* — *de Loehr* Archiv f. civ. Pr. X. p. 176—178.

2) L. 4. C. *de advoc. diversor. judicior.* (II, 7.) — Cf. L. 14. *eod.*

3) L. 7. C. *de bon., quae liber..* (VI, 61.) — Cf. L. ult. § 1. C. *de inoff. test.*

4) L. 34. C. *de episc. et cler.* (1, 3.) — Nov. 123. c. 19.

5) L. ult. C. *de inoff. testam.* (III. 28.) — Nibil aotem causae est, quio idem statuamus de rebus a principe vei ab Augusta donatis. De quibus ita imp. loquitur L. 7. C. *de bon., quoe lib.* (a. 530.): « — *od similitudinem castrensis peculii omnem facultatem in eas* filii-vel filiaefamilias habent ». — Atque idem L. ult. C. *de inoff. testam.* (a. 532.) haec in oniversum sancivit : « Sed prior quaestio erat, si omnes, qui quasi castrensc peculium habeaot, testari in hoc possint : quia oon omnibus passim, sed quibusdam personis hoc privilegii loco concessum est — — — — — —, de aliis autem persoois omnibus, quae ooo per specialc privilegium hoc acceperuot, si possint testari, dubitalum fuerat, *utputa* » (sequuntur exempla, in quibus tameo oon perbibeatur res donatae). § 1. « In his itaque omnibus sancimus (*quia ad imitationem peculii eastrensis quasi eastrense peculium supervenit*), *omnes*, *qui tale peculium possident*, super ipsis — rebus, quae quasi castreosis peculii sunt, ultima condere — possc elogia. » — Caeterum, quac alioquio a receulioribus propooi soleot hujus peculii species (v. gr. ab *Hoepfnero*, Commeol. § 428.), cas jus Romaoum ooo agnoscit. Cf. *Thibaut* Pand. § 252. nr. a.

§ 567.

(*) Dig. (XV, 1.) *de peculio.*

1) § 1. I. *per quas person. nob. adq.* — L. 6. pr. C. *de bon., quae lib.* (Vid. et § seq.) — Cf. *Galvani* D. de usufr. c. VII. § 7. et *Hoepfneri* Comment. § 429. not. 1.

2) Cf. et L. 3. § 5. D. *de minor.* (IV, 4.) — L. ult. in f. D. *de dot. collat.* (XXXVII, 7.)

3) Pr. I. *quib. non perm. fac. test.* (verb. : *quamquam jure civili* rel.) et arg. L. 37. § 1. D. *de oeq. rer. dom.* (XLI, 1.)

4) L. 5. in f. L. 47. D. *h. t.* et L. 31. § 2. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — L. 32. § 1. L. 37. § 1. 2. D. *h. t.* — L. 44. § 1. D. *de odq. vel amitt. poss.* (XLI, 2.) — L. 40. D. *h. t.*

5) L. 1. § 2. L. 21. § 4. L. 29. § 1. L. 47. pr. D. *h. t.* (§ 572.).

peculii, pater et creditor et debitor fieri potest [6]). Quodsi libera peculii administratio concessa est filio, poterit etiam alienare res peculiares, utique ex causa onerosa; nam donandi facultatem ne tum quidem habet, praeterquam justis de causis [7]). Caeterum sublato jure patris apud filium nonnunquam ipso jure remanet peculium, siquidem aut publicantur bona paterna, aut filio peculium, cum emanciparetur, ademtum non est [8]).

§ 568. b) *Adventitio, eoque α) ordinario* (*).

Quaecunque nec a patris liberalitate profecta sunt bona, nec castrensi vel quasi castrensi nominatim adsignantur peculio, ea in adventitiorum numero habenda sunt [1]). Quorum plerumque et ususfructus et administratio est penes patrem [2]). Et patris quidem jus utendi fruendi haud fere differt a caeterorum jure, qui rerum alienarum usumfructum habent, praeterquam quod a cautionis onere utique liberatur pater [3]). In administrandis autem bonis liberorum ita versari debet pater, ut omnem rerum tuendarum conservandarumque diligentiam adhibeat [4]). Nec igitur alienandarum rerum peculiarium habet facultatem [5]),

6) L. 9. § 2. 3. 6. L. 17. in f. L. 49. § 2. D. *h. t.*

7) L. 10. C. *quod cum eo, qui in aliena pot. est vel.* (IV, 26.) — L. 48. in f. D. *h. t.* — L. 28. § 2. D. *de pact.* (II, 14.) — L. ult. pr. D. *de novat.* (XLVI, 2.) — L. 7. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)

8) a) L. 3. § 4. in f. D. *de minor.* (IV, 4.) — b) L. 31. § 2. D. *de donat.* — Cf. L. 53. D. *h. t.* et § 20. I. *de leg.* — Vid. et Fr. jur. Vatic. § 260. (§ 563. not. 13). — Cf. Nov. 81. c. 1. § 1. et *Marezoll* Archiv f. civilist. Praxis VIII. p. 281 sqq. (Nr. VIII.).

§ 568.

(*) Cod. (VI, 60.) *de bonis maternis et materni generis* et (VI, 61.) *de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur, et eorum administratione.* — *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. VIII. Nr. II. VI. IX.

1) L. 6. pr. C. *h. t.* (VI, 61.) (§ 567.) not. 1.). — Cf. L. 17. in f. C. *de usufr.* (III, 33.) — Sunt qui sentiant, etiam quae a patre proficiscantur, nisi quae ita data sint filio, ut tamquam res patris eas administret, adventitiis esse adnumeranda, v. c. *Galvanus* de usufr. c. VII. § 7. A qua quidem sententia abhorrent cum ipsissima leg. laud. (L. 6. pr. C. *h. t.*) verba, tum vero ea ratio, quae donationes inter patrem et liberos impedit (§ 563. not. 12 sqq. et ibi L. 31. § 2. D. *de donat.* — Caeterum cum hac quaestione alia non est commiscenda, qua quaeritur: utrum bona apud filium reperta, in dubio habenda sint profectitia an adventitia? de qua *Leyserus* sp. 164. m. 7. recte statuisse mihi videtur. Jam vero, ut rem totam complectamur, dicendum erit 1) quae a patre profecta sint, cum ad filium pertinere nequeant, semper esse profectitio adsignanda peculio (L. 31. § 2. D. *de donat.*); 2) quae ab extraneo, plerumque habenda esse adventitia, nisi patris potissimum contemplatione data sint (propter L. 17. in f. C. *de usufr.* — Cf. § 567. not. 1. et *J. C. Franck* de dominio rei filiofamilias favore in patrem donatae. Hal. 1717.); 3) quae inveniantur apud filium, de quorum quidem origine non constet, ea tribuenda patri ejusve heredibus, quoniam non fere tenet administratque filius res, nisi quae a patre ipsi concessae sunt. — Vid. *Marezoll* l. l. p. 284. — Caeter. cf. *Hofacker* princ. jur. Rom. Germ. I. § 571. nr. II.; de ea vero quaestione: cuinam potissimum peculio industrica pecunia, quam vocant, adsignanda sit, *Leyseri* sp. 166. m. 1. — *Marezoll* p. 276—280.

2) L. 1. C. *h. t.* (VI, 60.) — L. 6. 8. C. *h. t.* (VI, 61.) — *C. A. Braunii* (resp. *de Nevendahl*) D. de ususfructus parentum in bonis liberorum tam de jure Romano quam Germanico genuino fundamento. Jen. 1743. — Aliter explicat *Marezoll* p. 285 sqq.

3) L. 8. § 4. in f. C. *h. t.* (VI. 61.). — Cf. not. 7. 9. et 10. — Vid. et *F. G. Zolleri* exerc. an ususfructus peculii adventitii liberorum, si pater bonis cessit, ad ejus concursum referri possit. Lips. 1767.

4) L. 1. C. *h. t.* (VI. 60.) — Cf. *J. S. Topp* D. de patrefamilias usufructuario periculum vel casum peculii adventitii sustinente vel non sustinente et de probatione levis culpae in administratione sortis. Helmst. 1756. — De jure officioque paterno in administrandis liberorum bonis vid. et quae habet *J. W. Prehn:* Kann ein Schuldner Pupillen-u. Kindergelder mit völliger Sicherheit ohne vorhergegangenes richterl. Decret an d. Vormund u. Vater zahlen? (Rost. 1800.) § 12. 13. — *Marezoll* l. l. p. 371 sqq. qui patrem omnem diligentiam praestare necesse habere negat.

5) L. 1. 2. C. *h. t.* (VI, 60.). — L. 4. L. 6. § 2. L. 8. § 4. 5. C. *h. t.* (VI, 61.) — Nov. 22. c. 23. 24. — Cf. *F. G. Zolleri* exerc. an pater vi patriae potestatis bona immobilia liberorum sine decreto magistratus alienare possit. Lips. 1746. — Cf. *Marezoll* l. l. p. 398 sqq. (Nr. C.) — [Quod quidem praeceptum ad res fungibiles non referendum esse manifestum est. *Marezoll* p. 261—265. p. 362 sq. — E. G.]

nisi aut propter aeris alieni exsolvendi necessitatem [6], aut propter legatorum fideivecommissorum praestandorum onus [7], aut si forte tales sint res, quae non sine damno atque onere retineantur [8]. Quodsi de rebus ad peculium pertinentibus lis aut instituenda aut suscipienda est, consensus adhiberi debet filii, praeterquam si aut impubes aut longe absens est [9]. Quae vero ratio patrem a cautione usufructuaria liberavit, eadem etiam a rationum reddendarum officio levavit [10]. Verumtamen ut securiores apud parentem sint res adventitiae, utique eae, quae vel ex materna successione, vel propter ipsius parentis nuptias secundas ad liberos delatae sunt (§ 542. Nr. 1.), tacita hypotheca prospectum est liberis [11]. Caeterum tollitur jus patris cum filii morte [12], tum aliis ex causis, quae perimunt patriam potestatem, velut emancipatione, qua quidem facta dimidiam partem ususfructus quasi in emancipationis remunerationem retinet pater [13]. Sunt etiam plures causae, quae efficiant, ut illud jus vel minuatur vel penitus tollatur; de quibus jam separatim erit dicendum.

§ 569. β) *extraordinario* (*).

Peculium adventitium extraordinarium s. irregulare id intelligimus, cujus nec usus nec fere administratio est penes patrem. Idque eo potissimum differt a quasi castrensi peculio, quod nec ratio illa, inter patrem filiumque intercedens, quam unitatem personarum vocant, tali peculio interveniente tollatur, nec testamento de illo statuendi jus sit filio [1]. Caeteroquin et ipse administrat res et recte alienat filius, dummodo perfectae aetatis sit. Nam minori filiofamilias plerumque curator dandus est, nisi quod nonnumquam pater, si velit, administrandi officio fungi potest [2]. Causae autem, quae efficiunt, ut extraordinarium sit peculium, hae sunt: 1) legatum ejusmodi, quod personae cohaereat, filio

6) L. 8. § 4. C. *h. t.* (VI, 61.)— Cf. *Glück* Pand. XIV. § 909. p. 377. 378.

7) L. 8. § 4. C. *h. t.* (VI, 61.)

8) L. 8. § 5. C. *h. t.* (VI, 61.) — Caeterum nihil est causae, cur non has exceptiones, certa primam illam et tertiam, ad eam quoque trahamus prohibitionem, quae continetur Nov. 22. c. 24. At dissentiunt plerique; vid. v. e. *Glück* l. l. p. 380.

9) L. 1. C. *h. t.* (VI, 60.). — L. 8. § 3. C. *h. t.* (VI, 61.) (« sumptibus videlicet a patre propter rerum incrementa faciendis ». — Sententiam vulgarem impugnat *Marezoll* l. l. p. 372 sqq.

10) L. 8. § 4. in f. C. *h. t.* (VI, 61.) « — paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus, *et ab aliis omnibus, quae ab usufructuariis extraneis exiguntur.*» — Jam vero, propter posteriora verba, plerique autumant, et inventarii conscribendi necessitatem remissam esse patri. Contra quos vid. *F. H. Schroeder* D. de inventarii confectione *rel.* (Rost. 1810.) § 3.

11) L. 8. § 5. D. *de secund. nupt.* (V, 9.) — L. 6. § 2. 3. L. 8. § 4. *eod.* — L. 6. pr. § 1. et 4. C. *h. t.* (VI, 6.). — L. 6. § 2. init. *eod.* — (§ 314. nr. 3.)—Vid. et Nov. 98. c. 1. et *Marezoll* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. III. p. 84 sqq. (Nr. I.).

12) Nov. 118. c. 2. (cf. § 565. not. 11. in f.).

13) Vid. § 561. not. 10. — Num etiam adoptione facta, plena illa quidem (§ 554. not. 5. sq.), naturalis patris jus extinguatur? quaeritur. Ad quam quaestionem ut affirmando respondeatur, juris rationi magis esse conveniens videtur (*Loehr* Archiv. für. civ. Praxis X. p. 172 sq. et not. 34.). — Dissent. *Wening* Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. I. Nr. XVII.

§ 569.

(*) *Marezoll* l. l. p. 409 sqq. — Cf. et § 564. not. 5.

1) a) L. 50. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) (« — quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate » —).—Cf. *Auctoris* Cession d. Ford. R. § 33. Nr. 1.— b) Pr. I. in f. *quib. non permitt. fac. test.* — *Galvani* de usufr. c. 9. 10. — De utraque hac differentia vid. *Cujacii* comment. ad Lib. XI. quaestion. Papiniani (ed. Paris. opp. posth. T. I. P. I. p. 321 sq.).— *Kleinschrod* l. l. (§ 564. not. *.) § 13. — Iterum nobiacum dissentit. *Witte* l. l. (§ 564. not. 4.), vel maxime provocans ad *Theophili* locum (Inst. II, 12. pr. in f.). At de testamenti factione non loqui Theophilum, id vel ex ipsius verbis intelligi potest, quae sequuntur post « αἰτίας ». Vid. et *Fabroti* annotatio apud *Reitzium* p. 361. not. r. — *Marezoll* l. l. p. 429 sqq.

2) Nov. 117. c. 1. § 1. — L. 8. § 1. C. *h. t.* (VI, 61.)

relictum, velut jus militiae [3]; 2) patris in fideicommisso, quod rogatus erat filio restituere, fraus admissa [4]; 3) filii, qui quidem patrem habeat furiosum, heredis institutio ab extraneo facta [5]; 4) patris recusatio, auctoritatem suam ad hereditatem aliaque jura acquirenda filio impertire nolentis [6]; 5) conditio donationibus ultimisve voluntatibus apposita, ut ne ejus, quod in liberos conferatur, pater eorum usumfructum habeat [7]; 6) patris ac liberorum in hereditate filii intestati mortui concursus; quae quidem res efficit, ut ejus portionis, quae ad liberos pervenerit, nullus sit patri ususfructus [8]; denique 7) injustum repudium [9]. Quodsi pater jure suo ad disperdendum effundendumque filii patrimonium abutatur, repellendus quidem est ab administratione (certe ex plerorumque sententia) [10], at usumfructum retinebit, cum is ei ademtus non sit [11]. Nec magis perimitur jus ususfructus eo, quod pater ei renunciaverit, siquidem inter patrem ac liberos donatio nulla est [12].

§ 570. IV) *De obligationibus et actionibus ad filiorumfamilias spectantibus causas. A) filiusfamilias quatenus obligationes acquirere atque agere possit.*

Et olim quidem, licet omnia per liberos patri quaererentur [1], tamen obligationes et actiones, quae naturalem praestationem habere dicuntur [2], liberorum personis quodammodo inhaerebant easque etiam sequebantur, soluta per capitis deminutionem aliove modo patria potestate [3]. Quo in genere sunt: A) ex iis, quae licite aguntur, a) quaecunque facti sunt, i. e. ad ipsam liberorum faciendi, habendi, vivendique conditionem collata [4], adeoque et de dote actio pertinet ad filiam [5], quae quidem, antequam soluta sit patria potestas, non nisi adjuncto patre agat [6]; b) in factum actiones [7], i. e. non habentes juris civilis intentionem [8]. B) Ex delictis venientes injuriarum actiones, tum quod vi aut clam, liberis, tamquam ipsorum propriae dari consueverunt [9]. Et hae quidem omnes, licet et ipsae utiles essent patribus, tum vero patriae potestatis jure circumscriptae [10],

3) L. 3. § 7. in f. D. *de minor.* (IV, 4.) — Quam quidem legali speciem ad quasi castrense peculium referendam esse putat *Rau* l. l. (§ 565. not. *.) § 10. p. 42.

4) L. 50. D. *ad SCt. Treb.* — Vid. *Cujacium* l. l. (not. 1.) et *Glück* Pand. XIV. § 910. p. 385. not. 94.

5) L. 52. pr. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)

6) L. 8. pr. et § 1. C. *h. t.* — (VI, 61.)

7) Nov. 117. c. 1. pr.

8) Nov. 118. c. 2.

9) Nov. 134. c. 11. — *Braun* l. l. (§ 568. not. 2.) § 9. — Cf. et supra § 541.

10) Nam vid. *de Loehr* Archiv f. civ. Praxis VII. p. 268. not. 10. et X. p. 179 sq. (nr. 5.)

11) Arg. L. 50. D. *ad SCt. Treb.* (not. 4.) et L. 13 § 2. C. *de sent. pass. et rest.* (IX, 51.)

12) Neque contraria est L. 6. § 2. C. *h. t.* (VI, 51.). — Vid. *Thibaut* Versuche II. 12.

§ 570.

1) *Gaji* inst. II, 87. III, 163. — § 1. I. *per quas pers. vob. acquir.* — Pr. I. *per quas person. obl. acq.*

2) L. 8. D. *de cap. min.* (IX, 5.) — Cf. *Cujacii* observ. XXII. 14. — *Noodt* ad Dig. Tit. de cap. min. §. *Ne obligationes quidem.* — *Schulting* enarr. part. primae Dig. Lib. IV. Tit. 5. § 3. — Caeterum accuratiorem rei explanationem in contextu dare ipse conatus sum, et supra § 561. nr. 4.

3) L. 8. et 9. D. *de cap. min.* — L. 2. § 1. in f. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.) — L. 7. D. *de pact. dotal.* (XXIII, 4.) — L. 21. § 3. D. *de pactis.* (II, 14.) — L. un. § 13. et 14. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.) — L. 58. D. *de furt.* (XLVII, 2.) (cf. not. 9.).

4) L. 130. D. *de V. O.* (XLV, 1.) (cf. supra § 75. not. 5. et infra not. 20.).

5) L. 8. D. *de cap. min.*

6) Vid. supra § 532. nr. II. et A. II.

7) L. 13. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — Cf. L. 9. *eod.* — Vid. et *Hasse jun.* in Rhein. Mus. VI. p. 39—41.

8) Cf. *Gaji* inst. IV, 47. et *Auctoris* Cession p. 156. not. 315.

9) L. 9. D. *de O. et A.* — Caeterum et furti actionem harum in numero fuisse actionum, existimandum est propter L. 58. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — Atque injuriarum similis est causa inofficiosi testamenti: L. 22. pr. D. *de inoff. test.* (V, 2.)

tamen directe liberis datae, i. e. in ipsorum personas conceptae sunt [11]). In reliquis igitur causis *pleno jure* patri per liberos quaerebantur obligationes et actiones, quamvis, si res postularet, utiliter etiam liberis agere permissum est [12]), dummodo ex eo genere esset actio, qua omnino uti licuit alieni juris hominibus [13]). Causae vero hujus juris immutandi inprimis quaerendae sunt in peculiorum incremento (§ 563. nr. 1. et § 564.), ac praeterea etiam in mutato judiciorum ordine ac ratione; quocirca quae cum hisce non cohaerent causis, ea etiamnum ex antiquiori jure observari conveniens est [14]). Jam vero liberi, tamquam sui juris homines, et ipsi sibi suis negotiis, et per alios acquirunt actiones. Nec fere alio jure hac in re utuntur, quam hi, qui nullius subjiciuntur potestati, praeterquam quod patri acquirere liberorum stipulationibus pactisque in ipsius personam conceptis liceat [15]), contra vero, etiamsi liberis pater stipuletur paciscaturve, licet plerumque (not. 18.) valeat, quod actum sit, tamen non illis quaeratur actio aut exceptio [16]), sed patri [17]), quod id quidem per rerum negotiorumque naturam fieri possit [18]), denique nonnullis in causis receptum sit, ut ex parentum conventionibus, quamvis in liberorum personas concipiantur, utilis aut actio aut exceptio liberis accommodetur [19]). Jam si de actionibus quaeramus, quomodo instituantur, I) filiusfamilias tamquam sui juris homo agit, 1) si cum ipso patre res ei est (§ 563. not. 17.); 2) si ad castrense vel quasi castrense peculium actio pertinet [20]); tum vero 3) ad profectitium [21]); denique 4) ad id genus adventitii, cujus concessa non est patri administratio [22]). II) In reliquis causis, sive liberorum personam illae attingunt sive rem familiarem, ex patris auctoritate, quin imo ipso agente patre, actiones plerumque instituendae sunt, sic tamen, ut, si forte absens sit pater vel alioquin impeditus, actiones, quae quidem sine incommodo non differantur (vid. not. 12.), ipsi intendant liberi [23]).

§ 571. B) *Quatenus conveniri possit filiusfamilias, vel etiam pater pro ipso* (*), 1) *generatim quaeritur.*

Obligatur filiusfamilias et conveniri potest ex omnibus fere causis velut paterfamilias [1]), praeterquam ex iis, quae ad peculium spectant ejusmodi, cujus non

10) Vid. v. *e.* L. 30. pr. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 8. pr. D. *de proc.* (III, 3.) et infra not. 23.

11) L. 9. D. *de O. et A.* « Filiusfam. *suo nomine* nullam actionem habet, nisi » *rel.*—Cf. *Rogerii Beneventani* de dissensionibus dominor. (ex edit. *Hauboldi*) p. 11. nr. 24. (apud *Haenel* dissent. dominor. p. 87.)

12) L. 12. D. *de in jus voc.* (II, 4.)—L. 18. § 1. D. *de judic.* (V, 1.)

13) Cf. *Gaji* inst. II, 26.

14) Cf. not. 6. 10. 15—18.

15) Arg. § 4. in f. I. *de inutil. stipul.* « — filia vox tamquam tua intelligitur in iis rebus, quae tibi adquiri possunt». (Cf. § 151. not. 3. et § 565. not. 9.).

16) L. 56. § 3. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Vid. et not. seq. et L. 17. § 4. L. 21. § 2. D. *de pactis.* — L. 7. D. *de pact. dotat.* (XXIII, 4.)

17) L. 39. D. *de V. O.*— § 4. in f. I. *de inutilib. stipul.*— L. 21. § 2. D. *de pact.* « *Quod ita recte dicitur, si in paciscendo id actum sit.*»

18) Nam vid. L. 130. D. *de V. O.* — Cf. supra not. 4.

19) L. 45. § 2. D. *de V. O.* et supra § 523. in f. —L. 21. § 2. in f. D. *de pact.*

20) L. 4. § 1. D. *de castr. pec.* (XLIX. 17.)

21) Arg. L. 35. D. *de proc.* (III, 3.)— Cf. Basilic. I. p. 416. (ed. *Heimbach* p. 368.)

22) Arg. L. 50. pr. D. *ad SCt. Treb.* (vid. § 569. not. 4. et cf. ibid. not. 10.).

23) Cf. L. 12. D. *de in jus voc.* (II, 12.) — L. 8. pr. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 18. § 1. D. *de judic.* (V, 1.)—L. 8. § 3. C. *de bon. quae liber.* (VI, 61.) c. ult. in f. *de jud.* in 6. (II, 1.)

§ 571.

(*) Inst. (IV, 7.). Dig. (XIV, 5.) *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.* — Cod. (IV, 26.) *quod cum eo, qui in al. pot. est, neg. gest. esse dic., vel de peculio. s. quod jussu. aut de in rem verso.* — *Fritz* Archiv f. civilist. Praxis XI. Nr. II.

1) L. 39. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. ult. § 2. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 57. D. *de jud.* (V, 1.) — L. 10. § 2. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.) (cf. § 563. not. 3.).

habet administrationem (§ seq. II.). Quodsi condemnato filio tale non sit peculium, quod pleno jure ad eum pertineat, velut castrense et quasi castrense, tum vero extraordinarium adventitium, quod quidem ipse administret [2]), rei judicatae actio in id tempus differenda est, quo patria potestate liberatus erit filius [3]). Neque vero ob patris vel officium vel obligationem conveniuntur liberi, nisi aut ex causa primipilari, aut quatenus heredes exstiterint patri [4]). Itemque nec pro filio obligabitur pater [5]). At nihilominus evenict saepenumero, ut filii nomine agendum sit cum patre, sive quasi cum liberorum tuitore ac defensore, sive etiam quod ad ipsum pertinere videtur obligationis causa; quae quidem res efficit, ut adjectitiae qualitatis actiones (§ 140. in f.) habeant locum adversus patrem (§§ seqq.).

§ 572. 2) *Singulatim*, a) *de actionibus ad peculiorum causam spectantibus.*

Jam vero I) castrensis peculii nomine nullo modo necesse habet pater, ut actiones excipiat, sed ipse erit filius et conveniendus et condemnandus, tamquam sui juris homo [1]). Quamquam autem omnibus filiifamilias creditoribus e castrensi pecunia satisfaciendum erit [2]), caeteris tamen postponuntur, qui vel ante debitoris militiam creditores facti sunt, vel adversus patrem agendo consequi possunt, quod sibi debetur [3]). Neque dubitamus, quin simile jus obtinere dicamus, non modo in quasi castrensi peculio (§ 566.), sed etiam in adventitio extraordinario [4]), dummodo ipse ejus administrationem habeat filius [5]). II) Eas vero actiones quae ad ordinarii spectant adventitii peculii causam [6]), excipere necesse habet pater, penes quem est peculii administratio, scilicet consentientibus liberis, puberibus illis ac praesentibus [7]). Simileque est adrogatoris officium, filium adrogatum adversus eorum, qui jam ante capitis deminutionem creditores ejus exstiterint, petitiones defendendi, quo quidem non facto, permittitur creditoribus, bona possidere ejus, qui capite deminutus est, de illisque legitimo modo statuere [8]). At vero III) profectitium quod attinet peculium, de eo actio non solum adversus ipsum datur, qui in potestate est [9]), verum etiam propria de peculio actio comparata est in patrem [10]). Ex omnibus autem causis de peculio agi

2) Vid. § seq. nr. I. not. 1—5.
3) L. 5. pr. D. *h. t.* (XIV, 5.). — L. 9. C. *h. t.* (IV, 26.) — L. 10. § 2. D. *de fidej.* — L. 2. D. *h. t.* (XIV, 2.) (cf. supra § 154. nr. 9.).
4) L. 5. § 16. D. *de agnosc. et alend. lib.* (XXV, 3.) — L. 2. et 4. C. *ne filius pro patre, vel pater pro filio, vel libertus pro patrono, vel servus pro domino conveniatur.* (IV, 13.) — L. 4. C. *de primipilo.* (XII, 63.) — Cf. *C. C. H. de Kamptz* comm. de fundamento et limitibus obligationis liberor. ad facta parent. praestanda. Goett. 1790.
5) L. 1. et 3. C. *ne filius pro patre* rel. — § 10. I. *de act.* — Atque haec quidem vera ratio est, cur nec olim pater adrogator obligationes suscipere necesse haberet ejus, cujus tamen in bona per universitatem successisset. Cf. § 555. not. 2. et § seq. not. 8. § 561. nr. 4.

§ 572.

1) L. 18. § 4. et 5. D. *de castr. pec.* (XLIX, 17.) — L. 1. in f. L. 2. D. *de SCto Maced.* (XIV, 6.) — Cf. L. 17. pr. D. *de castr. pec.* — *Fritz* l. l. § 3. II.
2) L. 17. D. *de castr. pec.*
3) L. 1. § 9. D. *de separat.* (XLII, 6.) — *Fritz* Archiv f. civilist. Praxis XII. Nr. XVII. — Cf. L. 17. § 1. D. *de testamento milit.* (XXIX, 1.) (*Fritz* p. 330. not. 6.)
4) Vid. *Fritz* Arch. f. civ. Pr. XI. p. 27. § 4. — Cf. ibid. § 10. 11. et supra not. 3.
5) Quod ni habet, ex tutelari jure res erit aestimanda. Cf. supra § 569. context. ad not. 2.
6) Quainre ex eo, quod de adventitii peculii jure supra (§ 568.) disputavimus, omnia sunt judicanda. Cf. *Fritz* Archiv XI. p. 28 sqq. § 5 — 9. et p. 37 sqq. § 12—16.
7) L. 1. C. *de bon. mat.* (VI, 60.) — L. 8. § 3. C. *de bon., quae lib.* (VI, 61.) (cf. § 568. not. 9.).
8) § 3. I. *de adquisit. per adrogat.* — Cf. § 184. in f. et supra § 555. not. 2. § 570. not. 5.
9) L. 44. D. *de pecul.* (XV, 1.) — L. 33. pr. D. *de proc.* (III, 3.) — L. 3. § 4. in f. D. *de minor.* (IV, 4.)
10) Dig. (XV, 1.) *de peculio.*

potest[11]), utique iis, quae non ex delictis proficiscuntur; quorum quidem nomine haec actio non datur, nisi si aut aliquid inde pervenerit ad peculium[12]), aut novatio facta sit judicio[13]). At in peculio, quod quidem subjiciatur actioni, aestimando, non id modo computatur, quod rei judicatae tempore vere eidem inest[14]), sed etiam si quid dolo malo ejus, quocum agatur, inde absit[15]). Ex eo igitur satisfieri sibi creditores jure petunt, sic tamen, ut plerumque[16]) pater, quod ipsi debetur, deducendi sibique retinendi habeat facultatem[17]). Quodsi plures sunt peculii creditores, inter ipsos quidem privilegii ratio habetur[18]), caeteroquin melior est occupantis conditio[19]). Quamdiu autem in potestate est filius, haec actio perpetuo competit[20]); at vero postquam soluta est patria potestas, utilis de peculio actio intra annum dumtaxat datur adversus patrem, penes quem remansit peculium[21]). Est etiam alia actio, proxime conjuncta huic de peculio, tributoria[22]). Cavetur etenim Praetoris edicto, ut, si quis filium suum peculiari merce[23]) negotiari passus sit, is in eam mercem cum reliquis creditoribus in tributum vocetur, scilicet ut non deducatur solidum jus, quod ipsi debeatur[24]). Tributio autem non ita fit, ut melior causa sit occupantis, sed pro rata ejus, quod cuique debetur; cui etiam consequens est, ut credito, qui suum recipere vult, cavere necesse habeat: pro rata se refusurum, si forte alii emerserint creditores[25]). Caeterum ab ipso patre plerumque facienda est distributio. Qui si nolit tribuere, mercibus cedere potest; quo quidem facto, arbiter in hanc rem dari solet[26]). Quodsi aut distributionem facere pater aut cedere mercibus recusat, aut distribuit quidem, at dolo hac in re versatus est, tributoria accommodatur creditoribus actio, hac potestate, ut eo, quemadmodum oporteat modo, singulis creditoribus pro rata cujusque portione merx peculiaris tribuatur[27]). Quae quidem actio perpetua est, verum in heredem datur de eo dumtaxat, quod ad eum pervenit[28]). Electio autem est penes creditores, qua actione experiantur, utrum de peculio, an tributoria[29]), quarum altera rerum, altera juris ambitu potentior est[30]).

11) L. 3. § 8. 9. 10. 11. 13. L. 5. pr. et § 2. L. 21. § 4. D. *h. t.* (XV, 1.) — L. 1. C. *h. t.* (IV, 26.)

12) L. 58. D. *de reg. jur.* — L. 3. § 12. D. *h. t.* (XV, 1.)

13) L. 57. D. *de jud.* (V, 1.)—L. 3. § 11. D. *h. t.* (XV, 1.)

14) L. 30. pr. D. *h. t.* (XV, 1.). — L. 53. D. *sol. matr.* (XXIV, 3.)

15) L. 21. pr. § 1—3. L. 36. D. *h. t.* (XV, 1.)

16) Except. vid. L. 23. D. *h. t.* (XV, 1.)

17) L. 5. in f. L. 11. § 3. et fin. — L. 27. § 1. L. 52. pr. D. *h. t.*—L. 53. D. *sol. matr.* — § 4. I. *h. t.* (IV, 7.). — Quod quidem deductionis jus quibusdam velut cancellis circumscribitur, a) L. 11. § 6. D. *h. t.* (XV, 1.).—b) L. 11. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)—L. 9. pr. D. *de compensat.* (XVI, 2.) — Cf. et not. 16.

18) L. 52. D. *h. t.* (XV, 1.)

19) L. 10. D. *h. t.* (XV, 1.).— Cf. § 169. nr. 3. et § 154. not. 12.

20) L. 1. § 1. D. *qu. de pec. act. ann. est.* (XV, 2.)—De patris herede vid. L. 21. § 2. L. 30. in f.— L. 31. D. *h. t.* (XV, 1.).

21) Dig. (XV, 2.) *Quando de peculio actio annalis est.*

22) Dig. (XIV, 4.) *de tributoria actione*.

23) L. 5. § 4. D. *h. t.* (XIV, 4.). — Caeterum merci etiam adnumeratur, quod ex eadem profectum est, velut pretium, sive tamquam principali rei accedit. — L. 5. § 5. et § 11 — 13. D. *h. t.* (XIV, 4.)

24) § 3. I. *h. t.* (IV, 7.)—L. 5. § 7. in f. § 8. et 9. et § fin. *h. t.* (XIV, 4.).—Aliqua tamen ratione potius est patris jus L. 5. § 7. *eod.*

25) L. 6. D. *h. t.* (XIV, 4.).—L. 5. in f. L. 7. pr. *eod.*

26) L. 7. § 1. D. *h. t.* (XIV, 4.)

27) Angustioribus quidem plerique terminis circumscribere hanc actionem solent, velut *Cujacius* in Paratitl. ad h. tit., *Thibaut* Pand. I. § 263., aliique, quos nominat *Glück* Pand. XIV. § 894. not. 89., secuti potissimum *Theophili* (ad § 3. I. *h. t.*), nec non *Juliani* (L. 8. D. *h. t.*) auctoritatem.—Sed vid. eandem § 3. I., tum vero L. 1. § 3. L. 5. § 1. L. 7. § 3. 4. D. *h. t.* (XIV, 4.). Ac doli notionem, quam late hic acceperint juris nostri auctores, vel maxime apparet ex L. 7. § 2. D. *h. t.*

28) L. 7. § 5. D. *h. t.* (XIV, 4.)

29) L. 9. § 1. D. *h. t.* (XIV, 1.). — Cf. § 140. not. 12., nec non *Thibaut* civilist. Abh. Nr. IX. p. 172 sqq.

30) § 5. I. *h. t.* (IV, 7.)

§ 573. b) *Quatenus liberorum nomine in solidum pater conveniri possit.*

Ac praeter illas, quas diximus, actiones, quaedam etiam in solidum constitutae sunt adversus patrem : quod jussu [1]), de in rem verso [2]), exercitoria [3]), institoria [4]). Et prior quidem datur ex filii negotio, quod aut jussit pater mandavitve contrahi, aut postea ratum habuit [5]). De in rem verso is experietur, cujus vel pecunia vel opera, negotia gerente eo, qui in potestate est, in patris rem, vel necessario vel utiliter conversa est [6]). Quoniam autem cum haec de in rem verso actio, tum vero reliquae duae, exercitoria atque institoria, ad eos quoque traductae sunt, quorum per liberos homines negotia geruntur [7]), uberiorem accuratioremque harum actionum expositionem ibi tradendam esse censuimus, ubi de mandatis deque negotiis gestis sermo erat (§ 431. et 439.); id etiam monere satis habentes, ut, quemadmodum de in rem verso actio concurrit cum ea, quae est de peculio [8]), sic etiam is, qui vel jussu domini contraxerit, vel institoriam habeat aut exercitoriam actionem, de peculio, tum de eo, quod in rem domini versum est, agere possit [9]). Erat olim et ex liberorum maleficiis noxalis actio contra patrem prodita; quae quidem cum sponte recessit ab usu. tum vero penitus exterminata est Justiniani constitutione, unde factum est, ut ipsi, qui deliquerunt, his de causis conveniendi sint [10]).

§ 574. c) *Quomodo extra ordinem succurratur his, qui patriae potestati subjecti sunt; α) in integrum restitutione* (*).

Succurritur nonnunquam filiusfamilias, ne vel sua levitate vel aliorum fraudibus decipiantur aut labantur. Et primum quidem in integrum restitutione, quae nihil est, nisi minorum in integrum restitutionis species, nec principiorum ratione abhorrens ab ea, quae sui juris impertiri solet minoribus. At ipsam horum principiorum explicationem in commodiorem locum differemus, eum quidem, in quo vel maxime versantur juris nostri auctores, de minorum in integrum restitutione disserentes (§ 603. 604.). Nunc id tantum agemus, ut ex iis, quae propius accedant ad argumentum propositum, quaedam delibemus. 1) Restituitur igitur filiusfamilias minor, si ipsius interest, non etiam, si patris, usque adeo, ut, nisi ipse conveniatur, ne in causa quidem ad profectitium peculium spectante huic auxilio locus sit, licet quandoque ad filium pertinere possit peculium [1]). 2) Quodsi in re, quae ad proprium ipsius spectat patrimonium, velut ad

§ 573.

1) Dig. (XV, 4.) *quod jussu.*
2) Dig. (XV, 3.) *de in rem verso.*
3) Dig. (XIV, 1.) et Cod. (IV, 25.) *de exercitoria actione.*
4) Dig. (XIV, 3.) et Cod. (IV, 25) *de institoria actione.*
5) L. 1. § 1. 3. 4. 6. *h. t.* (XV, 4.). — L. 5. pr. *eod.*—*Muller* civilist. Abhandl. Nr. IV.
6) L. 1. pr. L. 3. § 1. 2. 3. 5. 6. L. 10. § 6. L. 17. pr. D. *h. t.* (XV, 3.). — L. 5. pr. *eod.* — L. 3. § 4. *eod.*
7) § 2. in f. I. *h. t.* (IV, 7.). — L. 7. § 1. C. *h. t.* (IV, 26.
8) Quid? quod una eademque olim fuit utriusque actionis formula, licet duas illa haberet condemnationes, *Gaji* inst. IV. § 74. in f. — § 4. I. *h. t.* (IV, 7.).—Cf. L. 1. § 1. 2. D. *h. t.* (XV, 4.).
9) § 5. I. *h. t.* (IV, 7.). — Cf. *Gaji* inst. IV. § 74.
10) § ult. I. *de noxalib. act.* (*Zimmern* System der Noxalklagen p. 118—120.) — Cf. L. 35. D. *de noxalib. act.* (IX, 4.).

§ 574.

(*) Cod. (II, 23.) *de filiofamilias minore.*
1) L. 3. § 4. D. *de minorib.* (IV, 4.) (§ 567. in f.). —Cf. L. 38. § 1. *eod.*

castrense peculium vel quasi castrense, captus sit filiusfamilias, utique erit restituendus [2]), nec ipse solum, verum heredes quoque [3]). 3) Caeterum restitutio fit cum eorum nomine, quae ipse filius vel neglexit vel temere in se suscepit [4]), tum vero, si quae patris auctoritate facta omissave sunt [5]). 4) Adversus parentem autem non admittitur (§ 160. not. 13.), praeterquam contra patrem adrogatorem, siquidem minor viginti quinque annis ipsa adrogatione circumventus est [6]).

§ 575. β) *Senatusconsulti Macedoniani auxilio* (*).

Alterum est fraudum malitiarumve everriculum Senatusconsulto Macedoniano constitutum [1]). Cujus haec est vis, ut, ex pecunia mutuo data filiofamilias, plerumque nec ipse, qui accepit nummos, conveniri possit, nec adversus eum, cujus in potestate ille est, de peculio actio locum habeat [2]). Qui alio modo contraxit cum filiofamilias, licet postea convenerit, ut tamquam ex mutuo teneatur debitor, SCtum non offendit [3]), nisi si fraus SCto facta sit [4]). Repetenti igitur pecuniam creditori, sive durante patria potestate sive eadem soluta, itemque sive consumti sunt nummi sive etiam exstant, objicietur exceptio [5]). Eaque et heredibus datur [6]) et fidejussoribus, qui quidem nec donandi animo nec ex patris voluntate intercesserint [7]); denique et post sententiam exceptio utilis erit [8]). Quoniam autem ea est inprimis hujus SCti ratio, ut occurratur foeneratorum artibus ac fraudibus, non ut beneficium impertiatur debitoribus, idcirco remanet naturalis obligatio, nec solutum repeti potest [9]), utique si non per facti ignorantiam, scilicet ex falsa obligationis causa, aut reddita sit pecunia aut novatio facta [10]). Porro si filius aut ex patris pecunia solverit, aut ex peculio, quod non pleno jure apud eum est, et exstantium nummorum vindicatio et *mala fide consumtorum* condictio patri competet [11]). At ne tum quidem ipse filius, licet patri suo heres

2) L. 3. § 10. D. *de minor.*
3) L. 3. § 9. D. *de minor.*
4) a) L. 3. § 8. D. *de minor.*—b) L. 3. § 4. *eod.* —L. 1. 2. C. *h. t.*—Cf. § 571. not. 1.
5) L. 3. § 5. et 7. D. *de minor.* — L. 40. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.)—L. 8. § 6. C. *de bon., quae liber.* (VI, 61.)
6) L. 3. § 6. D. *de minor.*— Cf. L. 1. § 2. D. *de SCto Maced.* (XIV, 6.)

§ 575.

(*) Dig. (XIV, 6.). Cod. (IV, 28.) *de Senatusconsulto Macedoniano.*— § 7. I. *h. t.* (IV, 7.).— *F. A. Hommel* D. de mutuo filiifamilias jam ante SCtum Macedonianum invalido. Lips. 1726.— *Nic. Dierksen* D. de SCto Macedoniano. Lugd. Bat. 1754. — *G. L. Mencken* D. de usu forensi SCti Macedoniani in Germania. Vit. 1715.
1) L. 1. pr. D. *h. t.* — *Theophili* Paraphr. ad § 7. I. *h. t.* (IV, 7.).— *Smallenburgius* ad *Schultingii* not. Dig. T. III. p. 227 sq. not. 3.
2) L. 1. pr. D. *h. t.* (*Dierkens* l. l. § 2. 3.) — a) L. 4. D. *h. t.* « Quod vulgo dicitur, filiofamilias eredi non licere, non ad verba referendum est, sed *ad numerationem.* » — Unde sponte sequuntur, quae habent L. 3. in f. L. 6. et L. 1. § 2. D. *h. t.* — b) L. 7. § 9. D. *h. t.* — c) L. 1. § 3. D. *h. t.* — d) L. 7. § 11. D. *h. t.*—Cf. et L. 13. *eod.*— e) L. 14. D. *h. t.*
3) L. 3. § 3. L. 7. § 3. D. *h. t.* — L. 3. C. *eod.* « Origo enim potius obligationis, quam titulus actionis spectandus est. »
4) L. 3. § 3. in f. L. 7. pr. § 1. et § 3. in f. D. *h. t.* — *C. Ziegler* D. de mohatrae contractu. Vit. 1663.
5) L. 1. pr. in f. D. *h. t.* — L. 6. pr. C. *eod.* — L. 9. § 2. D. *eod.*
6) L. 7. § 10. D. *h. t.*—Cf. L. 7. § 6. *eod.*
7) L. 7. § 1. D. *de except.* (XLIV, 1.) — L. 9. § 3. 4. D. *h. t.*—*D. Nettelbladt* (resp. *Bathe*) D. sistens thesin exceptionem SCti Macedoniani etiam fidejussori pro filiofamilias competere. Hal. 1785. 8.—Dissent. *J. L. Drechsler* D. de exceptione SCti Macedoniani fidejussorib. filiorumfam. deneganda. Alt. 1758.
8) L. 11. D. *h. t.*
9) L. 14. inf. D. *de R. Cr.* (XII, 1.)—L. 9. § 4. 5. L. 10. D. *h. t.* — L. 19. pr. L. 40. pr. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)—Cf. § 550. nr. 5.
10) L. ult. D. *h. t.* Cujus loci tentavi interpretationem, in Arch. f. civ. Pr. II. p. 429. not. 43.
11) L. 9. § 1. D. *h. t.* — L. 14. D. *de R. Cr.* (XII, 1.) — Vid. *Pothier* ad h. Pand. Tit. Nr. 15. not. b. (T. I. p. 416.). — *Glück* Pand. XIV. § 900. p. 317—320.

effectus sit, repetitionem habebit [12]). Caeterum prorsus cessat SCtum, ita ut nec pater nec filius uti possint exceptione, his de causis: 1) si, qui credidit pecuniam, aut ipse patriae subjicitur potestati [13]), aut minor est viginti quinque annis [14]), sic tamen, ut, si minor minori mutuam dedit pecuniam, non nisi in tantum actio obtineat, quantum locupletior factus est accipiens [15]). 2) Si patre vel volente vel sciente, ex hujusmodi denique causa, quae efficit, ut in solidum pater ex filii negotiis conveniri possit (§ 573.), mutua pecunia datur [16]). Similisque est patris ratihabitio [17]), quae quidem et tacite potest intervenire [18]). 3) Si quis, non vana simplicitate, sed ratione ductus, patremfamilias credidit eum, quocum contraxit mutuum [19]). 4) Si filiusfamilias mutuam pecuniam eum in finem accepit, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur [20]). Et haec quidem communiter pertinent cum ad patris tum ad filii jus. Soli autem filio denegatur exceptio duabus de causis. Primum, cum in res castrenses aut quasi castrenses mutua pecunia data acceptaque sit [21]). Quid? quod miles filiusfamilias, qui quidem habeat castrense peculium, in id ipsum creditur accepisse et expendisse mutuam pecuniam, licet de eo legitimis probationibus minime constet [22]). Deinde, cum paterfamilias factus filius debitum agnoverit [23]). At vero durante patria potestate huic, juri, utpote publico (§ 33. in f.), nullo modo renunciare filius potest [24]).

12) L. 26. § 9. D. *de cond. ind.* (XII, 6.)

13) L. 3. § 2. D. *h. t.* «Si filiusfamilias crediderit, cessare Senatusconsultum, quod mutua pecunia non sit, quamvis liberam peculii administrationem habuit: non enim perdere ei pecuniam pater concedit, cum peculii administrationem permittit.» — Igitur sponte hic quoque excipiuntur peculia, quae pleno jure apud filium sunt.

14) L. 3. § 2. D. *h. t.*

15) L. 11. § 7. L. 34. pr. D. *de minor.* (IV, 4.) (§ 169. nr. 1.).

16) L. 12. D. et L. 4. C. *h. t.* — L. 7. § 11. 12. 13. D. *eod.* — L. 2. et 5. C. *eod.* — L. 17. D. *h. t.* — Cf. L. 47. § 1. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — Quem in locum vid. quae conscripsit *Glück* Pand. XIV. § 902. p. 339 sqq. — Cf. L. 16. D. *h. t.* (Vid. § 99. not. 4.).

17) L. ult. pr. C. *h. t.* (§ 100. not. 3.).

18) L. 7. § 15. D. *h. t.* — Cf. not. 21.

19) L. 3. pr. et § 1. D. *h. t.* (*Cujacius* ad Lib. XII.). Dig. Salv. Juliani (opp. posth. edit. Fabrotianae T. III. P. I. p. 78.). — Cf. *v. Wening-Ingenheim* Lehrb. d. gem. Civ. R. II. § 172. not. x. — L. 19. D. *eod.* — L. 1. C. *eod.* «Si filiusfamilias, cum in potestate patris esset, mutuam a te pecuniam accepit, cum se patremfamilias diceret, ejusque affirmatione credidisse *te justa ratione edocere potes:* exceptio ei denegabitur.» Igitur filii mendacium, se esse patremfamilias profitentis, ne ipsi quidem tum nocet, si nullo negotio perspici potuerit, quoniam deceptus dici non potest creditor (§ 94. not. 15.). Contra vero si justa ratione ductus fidem ei tribuerit, cum jam nulla sit creditoris culpa, quae puniatur (not. 8.), etiam contra patrem obtinere actionem, rectius dici posse videtur. At aliter alii hanc rem expediunt, velut *Glück* l. l. § 904. Nr. I. nr. 2. (p. 350.) — *Thibaut* Pand. § 377. nr. 2. — *von Wening-Ingenheim* Lehrb. II. § 173. nr. 1. — Caeter. cf. *H. Donelli* comment. j. civ. XII, 26. p. 612. (ed. Hannov.) verb.: *Mendacium filiifamilias* rel.

20) L. 7. § 14. D. *h. t.*

21) L. 1. in f. L. 2. D. *h. t.* — Cf. *C. H. Breuning:* an exceptioni SCti Macedoniani noceat replicatio peculii adventitii irregularis. Lips. 1768. Qui tamen, quod antea negaverat, idem alio in loco affirmare non dubitavit. Vid. *Ej.* Qu. jur. controv. an Macedonianum SCtum prosit filiofamilias peculium irregulare habenti. Lips. 1775. — Caeterum nos non dubitamus, quin replicam nocere affirmemus, dummodo liberam irregularis peculii administrationem habeat filiusfamilias (cf. § 572. not. 4. 5.).

22) L. ult. § 1. C. *h. t.*

23) L. 2. C. *h. t.* — L. 7. § 16. D. *h. t.* — L. 9. pr. *eod.* — Cf. *Pr. Connani* comment. j. civ. L. VII. c. 2. nr. 8. — *H. Donelli* c. l. c. l. XII. c. 28. — *P. F. Joppert* D. de mutuo a filiofamilias sui juris facto tacite agnito. Giess. 1775. (rec.) — (*P. J.*) *Heisler* Erört. der Fr., ob eine Person, so unter väterl. Gewalt Geld erborget, nach d. Entledigung von solcher Gewalt aber etwas davon bezahlet, auch den Rückstand zu bezahlen schuldig sey? (in wöchentl. Hall. Anzeigen v. 1777. Nr. 10 — 13.). — *Schoeman* Handb. d. Civilr. II. p. 206—215. — *Gluck* Pand. XIV. § 901.

24) Cf. *Glück* l. l. § 900. — Vid. supra not. 11. et § 151. not. 3—5.

CAPUT III.

DE TUTULA ET CURA.

Pauli Montani Tr. de jure tutelar. et curationum. Hag. 1656. 8. — *J. H. Hetzer* D. ad L. Laetoriam. Lips. 1749. (et in *Fellenbergii* jurispr. ant. II, 21.). — *J. T. Segeri* historia juris Romani liberae reipublicae de tutelis et curationib. Lips. 1760. (et in opusc. a *Klübero* edit. Erl. 1788. Vol. I. Nr. II.) *Ejusd.* brevis curarum historia. Lips. 1763. (et in opusc. Vol. I. Nr. III.). — *A. A. F. Rudorff* das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. T. I — III. Berlin. 1832 — 1834. 8.

§ 576. *Principia generaliora et totius loci constitutio.*

Tutela, latius quidem accepto vocabulo, est munus atque officium, privatorum aut personis aut rebus tuendis curandisque publica auctoritate constitutum ac susceptum. Ejusque muneris duplex est summum genus : unum tutelae, ut quidem prae caeteris vocatur (§ seq.); alterum curae, itemque cura aut personarum est aut rerum s. bonorum. Atque olim quidem praeter impuberum tutelam, item foeminarum, quae tamen ab usu pedetentim recessit [1]), non nisi duae curarum species, furiosorum et prodigorum, apud Romanos usitatae erant. Praeterea omnis rei tutelaris auctoritas erat apud patres, agnatos, gentiles, nulla propemodum apud magistratus [2]). At non modo aliae accesserunt curae species, velut minorum (§ seq.), verum etiam prorsus nova hac in re paullatim invaluit ratio, haud ita multum recedens ab ea, qua utimur in foris nostris. Nam cum primum legibus cautum esset, ut tutorem non habenti tutor a magistratu daretur, idemque etiam in iis observari postea placuisset, quorum tutores vel idonei non essent negotiis gerendis, vel aliis de causis ab officii sui administratione impedirentur [3]) : eo sensim perventum est, ut rerum tutelarium ratio in eorum, qui sub tutela vel sub cura essent, salute atque utilitate posita esse tota videretur. Unde etiam factum est, cum ut omni fere ex parte supremae magistratuum auctoritati subjici coeperint tutelae [4]), tum vero illo fungi munere ad suum quorumdam hominum *jus* referri paene desierit, utpote cui magis congrueret *oneris* nomen [5]). Sunt quidem, ut erat in Romanorum more, pristini juris quasi quaedam vestigia relicta, quae etiamnum observari conveniat tamquam principia, a quibus discedere judicibus non liceat, nisi aut ex necessitatis ratione, aut ex peculiaribus juris nostri auctorum decretis, pristino juri nominatim derogantibus [6]). Ac caeteroquin potestas illa atque auctoritas, qua, qui tenent in civitate jurisdictionem, etiam in causis negotiisque privatis sponte prospiciant iis, qui se ipsi tueri ac defendere nequeunt, eam denique, quam *die Obervormundschaft*

§ 576.

1) *Gaji* Inst. I. § 157. 171. 190. — *Ulpiani* Fragm. XI. § 1. et 8. — *de Savigny* Beitr. z. Gesch. d. Geschlechtstutel (Zeitschr. f. geschichtl. R. W. T. III. Nr. 10.). — *Loehr* de eod. argum. (Magaz. III. Nr. 12.). — *Rudorff* T. I. § 6.

2) *Ulp.* Fr. XI. § 14. — *Cic.* inv. II. 50. — *Ej.* or. pro Mur. c. 12. Or. pro Flacco c. 34. — *Liv.* XXXIV, 2. — (Cf. et not. 6.) — *de Loehr* Magaz. III. Nr. I. § 1. (cf. *Id.* eod. Nr. XII. p. 407. not. 1. et Nr. XIV. p. 462.

3) *Ulp.* Fr. XI. § 18 — 22. — L. 17. D. *de tut.* (XXVI, 1.)

4) V. c. L. 10. D. *de confirm. tut. vel cur.* (XXVI, 3.) — L. 1. pr. *de administr. tut.* (XXVI, 7.) — L. 22. C. *eod.* (V. 37.) — L. 3. § 4. D. *de suspect. tut. et cur.* (XXVI, 10.)

5) Cf. tit. Inst. *de legit. patr. tut.*

6) Vid. v. c. infra L. 12. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) — L. 3. D. *de confirm. tut.* (XXVI, 3.) — Cf. L. 10. *eod.*

nostrates vocant, haudquaquam aliena est a Romanorum moribus atque institutis (not 4.). Est autem potestas apud eos plerumque magistratus, quorum jurisdictioni subjicitur is, de cujus vel personis vel rebus tuendis administrandisque quaeritur [7]). His igitur praemissis jam de singulis ad argumentum propositum spectantibus ita expositurі sumus, ut primo quidem minorum tutelam ac curam pertractemus, easque una orationis serie complectamur : quippe quae argumenti et pondere et similitudine inter se sunt conjunctissimae; dein pergamus ad reliquas curarum species.

SECTIO I. DE IMPUBERUM TUTELA CURAQUE MINORUM.

§ 577. *Notionum inter se comparatio* (*).

Tutelae munus itemque curae circa eas similiter versatur personas, quae propter aetatem se suaque negotia tueri nequeunt [1]). Ac tutoris quidem officium ad solos impuberes sui juris [2]) spectat; curator sui juris hominibus in secunda aetate (§ 178. not. 3.) constitutis dari solet, quamvis nonnumquam fiat, ut et tutorem habentes, et patrem, cujus in potestate sunt, curatorem accipiant [3]). Praeterea utrumque differt munus officii, cum ambitu, tum potestate. Namque curatorum est, cum administrare minorum bona, tum vero quod ab ipsis agitur adultis, quatenus quidem ad rem familiarem spectat, consilio suo regere et firmare consensu [4]). Contra vero tutorum provincia, licet plerumque etiam administrandi facultatem atque officium complectatur, latius tamen patet, siquidem ea quoque, quae ad personam sunt referenda pupulli, prospicit tutor ac moderatur [5]), tum etiam negotiis a pupillo factitandis integritatem quandam addit auctoritate sua et velut absolutionem [6]). Atque haec tutoris cum pupilli persona conjunctio et quasi paterni juris imago, famosissimam illam Servii definitionem elicuisse videtur : tutelam esse vim ac potestatem in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequeat, jure civili datam ac permissam [7]). Neque vero invitis curatores dantur adolescentibus, practer-

7) L. un. C. *ubi petantur tutores vel curatores.*(V, 32.)—L. 1. § 2. D. *de tutor. et curat. datis.* (XXVI, 5.) — L. 5. § 12. D. *de reb. eor., qui sub tut.* rel.— L. 30. § 1. D. *de excusat.* (XXVII, 1.) (cf. § 197. not. 8.). — Cf. L. 27. pr. *de tut. et cur. dat.* (XXVI, 5.) — *J. G. Heineccii* D. de suprema principum magistratuumque tutela (in opusc. Syll. exerc. XIX.). *Rudorff* T. 1. § 2.

§ 577.

(*) Inst. (1, 13.) *de tutelis* et (1, 23.) *de curatoribus.*—Dig. (XXVI,1.) *de tutelis.*—*de Loehr* üb. die Röm. Begriffe von Tutel u. Curatel (Magaz. III. Nr. 1. et XIV.). — *Schweppe* de eodem argum. (in *ejus* jurist. Magaz. Nr. VII.).

1) Pr. I. *de curatoribus.*

2) L. 6. § 4. D. *h. t.* —Caeter. vid. L. ult. § 2. C. *de sent. pass. et restitutis.* (IX, 51.)—Nec ventri potest tutor dari, curator potest.—L. 20. pr. D. *de tut. et cur. dat.* (XXVI, 5.) — *Rudorff* I. p. 68.

3) § 569. not. 2. — Vid. et infra § 580. not. 2. in f. et not. 7.—§ 569. not. 2.

4) Cf. infra § 591. context. ad not. 5 sqq.

5) L. ult. C. *de auct. praest.* (V, 59.) (vid. supra § 554. ad not. 7.). — L. 6. D. *de sponsal.* (XXIII, 1.) — L. 1. et L. 8. C. *de nupt.* (V, 4.)— L. 20. D. *de R. N.* (XXIII, 2.) — [Quos quidem locos recentiores quidam (v. c. *Hasse* Güterr. d. Eheg. p. 127. et *Rudorff* I. p. 32 sqq.) ad tutoris administrandi facultatem atque officium sola referendos esse putant. Sed haec sententia Lege 20. D. *de R. N.* improbatur, quippe qua « ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla an non » dicat Paulus « *quia officium ejus in administratione negotiorum constat.* » Ex quo tamen tutorem *non nisi* personae dari colligi non debet. — Vid. not. seq. —E. G.]

6) Cf. infra § 591. — Quod quidem auctoritatis interponendae officium tanti fecerunt juris nostri auctores, ut ejus vel maxime rationem haberent in tutorum vel facultate vel muneris ratione definienda, v. c. L. 1. § 3. D. *h. t.*—L. 49. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)— Caeterum de eo, quod vulgo jactant, tutorem dari personae, curatorem rei (propter § 4. in f. I. *qui test. tut. dari possunt.* — L. 14. D. *de test. tut.* XXVI, 2.), vid. *Loehr* l. l. p. 15—24. et p. 470. 471. et *Savigny* Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung p. 105 sqq. — *Rudorff* I. p. 46 sqq.

7) L. 1. pr. D. *h. t.*—De quo loco vel interpretando vel emendando multi subinde laborarunt. Vid. scriptores a *Walchio* ad *Eckhardi* Herm. Lib. I. § 104.

quam ad certas causas [8]); utique secundum Romanorum jus. Nam imperii Romano-Germanici legumlatores sub tutela esse praeceperunt homines, usque dum vicesimum quintum aetatis annum compleverint [9]). Quoniam autem tutela in eo jurium genere versatur, quorum ex jure Romano petenda sunt principia, sequitur, ut ista patrii juris decreta pressius adstrictiusque intelligenda sint, ad eaque, quae alioquin intersunt inter tutelam et curam, minime trahi debeant [10]). Caeterum magna eorum pars, quae de tutorum officio prodita erant praecepta, jam ab ipsis juris nostri auctoribus ad curatores postea translata sunt, tantaque utriusque muneris effecta est similitudo, ut in ea, quae mox sequetur; explicationis nostrae parte, unam plerumque commemorasse tutelam satis fuerit, adjectis scilicet tamquam exceptionibus iis, quae alterutri sunt propria muneri.

TIT. 1. TUTELAE ET CONSTITUENDAE ET FINIENDAE RATIO.

§ 578. I. *Delatio tutelae.* A) *Causae non suscipiendae tutelae,* 1) *eae quidem, quae ab illo munere arcent* (*).

A tutela vel cura suscipienda alii impediuntur natura, alii prohibentur lege (cf. § 194.). Natura impediuntur, qui tali laborant vel corporis vel animi vitio, ut impares sint muneri fungendo, hoc pacto, ut a curationibus utique prohibeantur, qui negotiorum gerendorum facultate destituuntur, ad tutelam vero admittantur, quamvis excusationem habeant, dummodo auctoritati interponendae idonei sint [1]). Lege alii simpliciter arcentur, alii a certarum duntaxat tutela personarum excluduntur. Simpliciter prohibentur: 1) qui in civium non sunt numero [2]); 2) milites [3]); 3) episcopi et monachi [4]); 4) plerumque etiam mu-

notat., quibus etiam addend. *Ulr. Huberi* Digr. Justin. P. I. Lib. III. c. 2. — *Gebaueri* exercit. acad. II. Nr. XXVI. — *Gluck* Pand. XXVII. p. 16—35. — *Rudorff* I. p. 24 sqq.

8) a) § 2. I. *de curat.* — L. 2. C. *qui legitim. personam standi in judicio habeant.* (III, 6.) — b) L. 7. § 2. D. *de minor.* (IV, 4.) — c) L. 7. C. *qui petant tutores.* (V, 31.) — Cf. *Hetzer* l. l. § 12. et *Segeri* historia curarum § 10—14. — *Zimmern* R. R. G. § 237. — *van Boelens* D. de lege Laetoria et const. D. Marci de cur. minor. Groning. 1828. — *de Savigny* von dem Schutz der Minderjährigen im R. R. und insbesondere von der Lex Plaetoria. Berol. 1833. 4. (Cf. A. L. Z. anni 1835. mens. april. Nr. 61. p. 481 sqq. — *Weber* naturl. Verb. § 72. not. 3. — *Hoepfner* Comment. § 226. not. 1.

9) Ord. Polit. imp. Germ. de 1577. Tit. 32. § 1. — [Jure gallico usque ad annum vicesimum primum. Cod. Nap. 388 sqq.]

10) Cf. § 63. § 64. not. 5. et 10. § 69. in f. — *Weber* ad *Hoepfnerum* § 230. not. 5. — *Glück* XXX. p. 52 sqq. (§ 1322a.).

§ 578.

(*) Dig. (XXVI, 1.) *de tutelis.* — Cod. (V, 34.) *qui dari tutores vel curatores possunt.* — *Goeschen* Grundriss. § 747.

1) Conferantur inter se hi loci: L. 1. § 2. 3. L. 17. D. *h. t.* — § 2. I. *qui test. tut.* — L. 16. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.) — L. 10. § 1. D. *de legit. tut.* (XXVI, 4.) — L. un. C. *qui morbo se excusant.* (V, 67.) — L. 10. § 8. L. 40. pr. L. 45. § 4. D. *de excusat.* (XXVII, 1.) — L. 5. C. *de legit. tut.* (V, 30.) « — Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem, et sub tutela constitui, et iterum eundem esse curatorem, et sub cura agere?» — Cf. *Hoepfner* Comment. § 245. nr. I. not. 1. et cf. infra not. 15—17.

2) L. 7. C. *h. t.* (cf. § 1. I. *qui dari tut. test. poss.*). — De Judaeis vid. L. 15. § 6. D. *de excus.* (XXVII, 1.) coll. cum L. 19. pr. C. *de Judaeis* (I, 9.) et c. 18. X. *de Judaeis.* (V, 6.) — Vid. *Lauterbach* colleg. theoret. - pract. ad Lib. XXVI. Tit. 1. Pand. § 25. — *Gluck* Pand. XXIX. p. 108 sq. (nr. 7.) — *Rudorff* T. II. p. 35. Nr. 41. — Infames non excluduntur L. 1. § 6. D. *de postul.* (III, 1.) — De turpibus vid. L. 17. § 1. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) et supra § 191. nr. 9.

3) L. 4. C. *h. t.* — Cf. L. 23. § 1. D. *de excus.* (XXVII, 1.)

4) Nov. 123. c. 5. — Reliqui ex clericorum ordine admittuntur, dummodo intra quatuor menses, ex quo vocati sunt, scripto apud competentem judicem declaraverint, se sua voluntate tutelam suscepisse; Nov. 123. c. 1. (cf. L. 52. C. *de episc. et cler.* I, 3.). — *Rudorff* II. § 89.

lieres [5]); denique 5) minores [6]); filiifamilias non excluduntur [7]). In altero genere hi sunt : 1) qui testamento vel patris vel matris, tutores esse vetantur [8]); 2) qui se ipsos ingerunt, ut tutores crcentur [9]); 3) qui inimici sunt pupillo parentibusque ejus [10]); 4) qui aut actionem habent adversus pupillum ejusve patrimonium, aut eidem obnoxii sunt [11]); denique 5) nec maritus uxori curator dari potest [12]), nec socer nurui [13]). Omnino autem, quoties videat magistratus, non posse sine pupillorum incommodo tutorem aliquem aut dari, aut confirmari, aut retineri, rejicere eum debebit [14]). Non est igitur quod miremur, nonnumquam ex eodem causarum genere quasdam prohibere a tutela suscipienda, quasdam excusationem tantum praebere his, qui vel lege vel alio modo ad tutelam vocantur [15]). Quid? quod ex iis, quae semper impediunt, quo minus quis suscipiat tutelam, quaedam ita commemorari solent causae, quasi excusatio ad evitandum onus necessaria sit [16]). Quod quamquam non plane nullius momenti fuit Romano jure [17]), tamen non usque eo valere potest, ut a causis tutelae munus recta via impedientibus illac separandae sint. Caeterum quae a suscipienda tutela prohibent causae, eaedem, si post susceptam tutelam interveniant, item plerumque efficiunt, ut a munere removeatur tutor [18]).

5) L. 16. pr. L. ult. D. *h. t.* — L. 1. C. *quando mulier tutelae officio fungi possit.* (V, 35.) — Mater autem atque avia volentes admittuntur, ea quidem lege, ut apud acta et secundis nuptiis, et beneficio SCti Vellejani renuntient. Nov. 118. c. 5. (cf. L. 2. et 3. C. *quando mulier tut. offic.* — Nov. 22. c. 40. — Nov. 94. c. 1. Nov. 155.). — *Emmerich* in Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. III. Nr. XI. p. 201 sqq.; qui etiam in ratione inquirenda quare SCto Vellej. renuntiandum sit, accurate versatus est p. 215 sqq. (Nr. IV.), tum vero adversus communem sententiam ostendit, matrem aviamque bona sua obligare liberis in suscipienda tutela necesse habere, ibid. p. 225 sqq. (Nr. V.). — Cf. *Rudorff* I. § 35.

6) § 13. I. *de excus.* — L. ult. C. *de legit. tutor.* (V, 30.) — Caeter. vid. L. 10. § 7. D. *de excus.* (XXVII, 1.) — *Rudorff* II. p. 20.

7) Pr. I. *qui dari tut. test. poss.* — L. 7. D. *h. t.*

8) L. 21. § 1. 2. D. *de tut. et cur. dat.* (XXVI, 5.) — L. un. C. *si contra matris volunt. tut. dat. sit.* (V, 47.) — L. 8. pr. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) — Num patris testamento mater a liberorum tutela excludi possit? vid. *Glück* Pand. XXIX. p. 56—59.

9) L. 21. in f. D. *de tut. et cur. datis.* (XXVI, 5.) — L. 9. D. *h. t.* — L. 3. § 15. in f. D. *de susp. tut.* (XXVI, 10.)

10) L. 3. § 12. D. *de susp. tut.* (XXVI, 10.) — Cf. § 11. 12. I. *de excus.* (XXVII, 1.) — *Glück* Pand. XXIX. p. 85—90. (nr. 4.) et XXXII. p. 67. — *Rudorff* II. § 67.

11) Nov. 72. c. 1. et 3. — *Seuffert* Arch. f. civ. Pr. XII. Nr. XVI. p. 301 sqq. (Nr. I.). Item excipiuntur mater atque avia : Nov. 94. c. 1. — Observ. a) Si tacuerit tutor vel curator, se creditorem esse vel debitorem, actione privatur, nec admittetur probatio, solutionem esse factam, dum gereret tutelam (Nov. 72. c. 4.). — b) Vetitae sunt actionum cessiones adversus minores tutoribus vel curatoribus eorum factae, hac quidem vi, ut ea, quae debentur, lucro cedant minorum (Nov. 72. c. 5. Cf. *Auctoris* Cession § 32.). — c) Quodsi alio modo tutores vel curatores adolescentium fiunt creditores, aut debitores, curator illis adjungendus erit (Nov. 72. c. 2.). — De jure antiquiori vid. § 4. I. *de excus.* — L. 21. pr. D. *de excus.* — L. 12. D. *de reb. eorum* rel. (XXVII, 9.) — L. 8. C. *h. t.* — L. 7. C. *de excus.* (V, 62.) — Cf. *Hoepfner* Comment. § 245. not. 6. — *Rudorff* § 60. — Caeterum etiam ad tutores testamento patris datos hanc prohibitionem pertinere rectius statuitur. — Vid. *Seuffert* Arch. f. civ. Pr. XII. p. 304 sqq. (Nr. II.).

12) L. 2. C. *h. t.* — Fr. jur. Vat. § 201. — Cf. *J. G. Heineccii* de marito tutore et curatore uxoris legitimo c. I. (in opusc. syll. Exerc. 24.). — De sponso, quatenus tutor vel curator esse possit sponsae, vid. Vat. Fr. § 202. — Cf. *Rudorff* II. § 72.

13) L. 17. C. *de excus.* (V, 62.)

14) L. 3. § 12. D. *de susp. tut.* (XXVI, 10.) (« — et generaliter, si qua justa causa Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, rejicere eum debebit »). — L. 45. § 4. D. *de excus.* (XXVII, 1.) — L. 5. C. *de legit. tut.* (vid. supra not. 1.). — L. 10. D. *de confirm. tut.* (XXVI, 3.) — L. 2. C. *de tut. vel cur., qui satis non ded.* (V, 42.) — Caeterum vitricus admittitur ad privigni tutelam : L. 32. § 1. D. *de adopt.* (I, 7.) — L. 3. C. *de contr. jud. tut.* (V, 58.) — *Cujacii* obs. VI, 29.

15) Vid. v. c. L. 3. § 12. D. *de susp. tut.* (XXVI, 10.) coll. cum § 9. 11. 12. I. *de excus.* — L. 6. § 17. 18. D. *eod.*

16) Vid. v. c. L. 45. § 4. D. *de excus.* — L. un. C. *qui morbo se excusant.* (V, 67.) — L. 10. § 1. D. *de legit. tut.* (XXVI, 4.) (cf. *Glück* Pand. XXXI. p. 190. in f. sq.). — L. 23. § 1. D. *de excus.* coll. cum L. 4. C. *h. t.* — Nov. 72. c. 3. — L. 20. D. *de excus.* — Cf. *Seuffert* Arch. f. civ. Pr. XII. p. 325.) — L. 21. pr. D. *eod.*

17) Cf. L. 10. pr. D. *de legit. tut.* (XXVI, 4.) — L. 11. § 1. et 2. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) — L. 17. D. *h. t.* — L. 6. et 7. C. *de susp. tut.* (V, 43.) (cf. *de Loehr* Archiv f. civ. Prax. XI. p. 2. 3. et *Zimmern* Röm. R. G. § 240. ibiq. inprimis not. 4. et 5.). — Unde etiam recte colligit *Seuffert*, in ejus locum, qui actionem habet cum pupillo (supra not. 11.), non legitimum succedere tutorem, sed alium esse dandum a magistratu : Archiv f. civilist. Praxis XII. p. 319 sqq. (Nr. III.). — Cf. et infra § 384. not. 8.

18) Cf. L. 10. § ult. L. 11. L. 40. pr. D. *de excus.* et supra not. 1.

§ 579. 2) *Causae, quae a tutelae munere excusant* (*).

Excusant a tutela, suscipienda illa quidem, causae hae: liberorum numerus [1]), aliarum tutelarum (trium plerumque) onus [2]), rusticitas s. literarum negotiorumque imperitia [3]), aetas septuagenaria [4]), honorum magistratuumque functio [5]), rerum ad principem vel ad fiscum spectantium cura, tum etiam praediorum patrimonalium conductio [6]), liberalium artium professio [7]), militiae munus honeste emeritum [8]), universitatum collegiorumque quorumdam privilegium [9]), sacerdotium [10]), patris pupillorum adversus eum, qui tutor liberis designatus est, inimicitia calumniaque [11]), denique tutela antea gesta, quae quidem ab ejusdem hominis cura suscipienda excusat [12]). Quaedam etiam a tutela jam suscepta liberant causae, ut adversa valetudo [13]), paupertas [14]), domicilium in alieno loco constitutum [15]), in consilium principis assumtio [16]). Denique absentia reipublicae

§ 579.

(*) Inst. (I, 25.) *de excusationibus tutor. et curator.* — Dig. (XXVII, 1.) *de excusationibus.* — Cod. (V, 62.) *de excusationibus tutor. et curator. et de temporibus earum.* — Cf. Fr. jur. Vatic. § 123 — 247. et supra § 194. — *A. Augustini* ad Modestinum sive de excusationib. lib. sing. (in *Ottonis* thes. IV. p. 1559 sqq.). — *Zimmern* Röm. R. G. § 241. 242. — *Rudorff* II. § 75—104. — *Goeschen* Grundr. § 753.

1) Pr. I. *h. t.* — L. 2. § 2—8. L. 18. L. 36. § 1. D. *h. t.* — Cod. (V, 66.) *qui numero liberorum se excusant.* — Fr. jur. Vatic. § 168 — 170. 191 — 199. ibique *de Buchholtz.* — *Glück* Pand. XXXI. p. 196 sqq. (§ 1355.). — [Cod. Nap. 436.]

2) § 5. I. *h. t.* — L. 2. § 9. L. 3 — 5. L. 6. pr. L. 15. § 16. L. 31. D. *h. t.* — L. un. C. *qui numero tutelar.* (V, 69.) — L. 17. pr. D. *h. t.* — L. 15. § 15. D. *h. t.* — L. 30. § 1. *eod.* — L. 15. § 7. *eod.* — Fr. jur. Vat. § 125 — 128. 186 — 190. 231. — L. 31. pr. D. *h. t.* « Si is, qui tres tutelas administrabat, duobus pupillis diversis decretis datus est, et prius, quam causas excusationis allegaret, unus et pupillis, quorum jam tutelam administrabat, decessit: ubi desiit ei competere excusatio, statim tenuit eum prius decretum, quasi in locum tertiae tutelae quarta surroganda; nam ipso jure tutor est, et antequam excusetur. Potuit ergo a tutela ejus qui nunc quarto loco invenitur, excusari; *sed cum non sit excusatus, necessario subeundum est onus illius quoque tutelae.* Nec me movet, quod dicat aliquis, hoc ne exigi, an administretur tutela? hoc enim eo pertinet, ne sit finita administratio; caeterum si periculum sustineat cessationis, puto ei imputandam eam quoque tutelam. » (i. e. non computatur quidem, quae jam desiit administrari, at computatur, quam suscipere necesse habet aliquis. At perperam haec verba: « *hoc enim eo pertinet* » rel., post alios interpretatus est *Glück* Pand. XXXII. p. 12.) — § 2. *eod.* « Illa quoque erit differentia tutelarum, de quibus diximus, si tertia et quarta sit delata, licet in quarta prius detentus sit, quod hujus, i. e. quartae, ex quo jussus est administrare, illius, ex quo datus est, periculum sustinet. » — Cf. Basilic. T. V. p. 13. et ibi Schol. n. p. 41 sq. — Vid. et L. 4. *eod.* (*Glück* XXXII. p. 18 sqq.). — [Jure gallico duae tutelae excusant: neque pater maritusve, unam tutelam gerens, ut alteram nisi liberorum ipsius, suscipiat, cogi potest. Cod. Nap. 435.]

3) § 8. I. *h. t.* — L. 6 § 19. D. *h. t.* (cf. *Pothier* Pand. Justin. ad h. t. Nr. 19. not. b. et supra § 579. not. 14.). — Fr. Vat. § 244. — *Glück* XXIX. p. 114 sqq. (Nr. I.). — Cf. *Rudorff* II. § 78.

4) § 13. I. *h. t.* — L. 2. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. un. C. *qui aetate se excus.* (V, 68.) (vid. supra § 194. not. 9.).

5) § 3. I. *h. t.* — L. 6. § 14. 16. L. 17. § 5. D. *h. t.* — L. 17. § 4. L. 23. pr. D. *eod.* — L. 15. § 2. 3. D. *h. t.* — Fragm. Vatic. § 146—148. — *Glück* XXXI. p. 268 sqq. (§ 1355 e.). — Vat. Fr. § 124. — *Rudorff* § 83.

6) a) § 1. I. *h. t.* (ibiq. *Theophilus*). — L. 22. § 1. L. 41. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. 10. C. *eod.* — b) L. ult. C. *qui dari tut.* rel. (V, 34.) — De praediorum ad fiscum spectantium conductoribus vid. L. 8. C. *h. t.* — Cf. L. ult. § 1. D. *ad municipalem* (L, 1.) — *Glück* XXXI. § 1355 *b*. p. 235 sqq.

7) § 15. I. *h. t.* — L. 6. § 1—12. D. *eod.* — Cf. Fragm. Vat. § 149. 150. — *Glück* XXXI. p. 326 sqq. (§ 1355 *l*.) et supra § 194. not. 15.

8) L. 8. D. *h. t.* — Cod. (V, 65.) *de excus. veteranorum.* — *Glück* XXXI. p. 411 sqq. (Nr. 12.) et supra § 188. not. 4.

9) L. 17. § 1 — 3. L. 26. D. *h. t.* — L. 41. § 3. L. 42. L. ult. § 1. *eod.* — Cf. Fragm. Vat. § 233. — *Gluck* XXXI. p. 448 sqq. (§ 1355 *n*.).

10) L. 6. § 14. D. *h. t.* — Vat. Fr. § 148. — L. 52. C. *de episc. et cler.* (I, 3.) et Nov. 123. c. 5. (cf. § 578. not. 4.) — *Glück* XXXI. p. 295 sqq. (§ 1355 *k*.).

11) § 9. 12. I. *h. t.* — L. 14. C. *eod.* (cf. § 578. not. 10.).

12) § 18. I. L. 20. C. *h. t.* — Cf. Vat. Fr. § 200.

13) § 7. I. L. 10. in f. L. 11. L. 40. pr. D. *h. t.* — Cf. § 479. not. I. et 14. — Fr. Vat. § 238. 239.

14) § 6. I. L. 7. L. 40. § 1. D. *h. t.*

15) L. ult. § 2. D. *h. t.* — L. 10. § 4. L. 21. § 2. 3. *eod.* — L. 12. § 1. *eod.* (*Gluck* XXXII. p. 63 sq. nr. 3.). — *Rudorff* § 80.

16) L. 30. pr. D. *h. t.* — L. 11. § 2. D. *de minor.* (IV, 4.) — *Glück* XXXI. p. 241 sqq. (§ 1355 *d*.).

causa, pro re nata, nunc a suscipienda duntaxat excusat tutela, nunc efficit, ut etiam susceptam liceat deponere [17]).

§ 580. 3) *Quinam excusentur tutores et quomodo fiat excusatio. (Jus potioris nominandi.)*

Excusari autem omnes possunt tutores, sive testamento, sive lege, sive magistratus decreto fuerint nati [1]), dummodo excusationum causas, si quas habent, et debito modo ac loco, et tempore legibus constituto proponant magistratui, fidemque ei faciant de illarum veritate [2]). Quod si aut non fecerit is, cui tutela delata est, aut reprobata sit causa, perinde tenetur, ac si nullas habens excusationes periculo suo neglexerit tutelam [3]). Quemadmodum autem ignoscendum est ei, qui, vel necessitate aliqua vel adversarii mora, impeditus est, quo minus intra tempora praestituta aut allegaret aut probaret causas [4]) : sic impune praetermittit excusandi officium, qui non jure tutor datus est [5]). Nec magis excusare sese necesse habent aut mulieres, aut clerici, hi quidem, qui volentes admittuntur ad tutelam [6]). Potest etiam nonnunquam, qui temporis praescriptione summovetur, ut curator sibi adjungatur, petere [7]). Contra vero tutelae onus periculumque subire necesse habet, qui, licet neglexerit excusandi spatium, tamen dimissus est, aut falsis etiam allegationibus liberationem impetravit [8]). Quodsi injuste rejicitur excusatio, provocationis auxilium erit necessarium; alioquin tutor datus acquiescere debet rei judicatae [9]). Sin plures habet excusandi causas una aut altera magistratus decreto reprobata, reliquis etiam uti poterit, scilicet intra tempus constitutum [10]). Item potest aliquis iisdem recusandi causis in diversis quidem tutelis uti, sic tamen, ut, quoties ei munus deferatur, toties nova opus sit causae et allegatione et probatione [11]). Omnino autem excluditur excusandi beneficium aut pacto, aut legato, denique eo, quod sponte se tutor immiscuerit rei pupillaris administrationi [12]). Caeterum jure Romano etiam is, qui quidem excusandi jus non habebat, tamen, potiorem nominando intra idem temporis spatium, quod excusationibus constitutum est, aver-

17) § 2. I. *h. t.* — L. 10. pr. § 1 — 3. D. *h. t.* — L. 11. § 4. D. *de minor.* — Cod. (V, 64.) *Si tutor vel curator. reip. causa aberit.* — Quod privilegium num ad eos quoque pertineat, qui rerum municipalium causa absentes sunt, vid. *Glück* XXXI. p. 248 sqq.

§ 580.

1) L. 2. § 5. L. 13. § 3. D. *h. t.* — L. 1. C. *de legit. tut.* (V, 30.) — L. 9. C. *qui dari tut. poss.* (V. 34.) — *Theophili* Paraphr. ad § 17. I. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. XXXI. p. 181 sqq. (nr. 1.).

2) a) L. 13. § 10. L. 25. D. *h. t.* (*H. Donelli* comment. jur. civ. III. c. 9. § 53.) — L. 13. § 8. *eod.* — L. 2. L. 6. in f. C. *h. t.* — L. 1. pr. C. *si tut. vel cur. fals. alleg.* rel. (V, 63.) — b) § 16. I. *h. t.* — L. 13. § 1. 2. 3. 9. L. 16. L. 38. L. 39. L. 45. § 1. D. *h. t.* — L. 6. C. *eod.* — Vat. Fr. § 155. 156. — *Glück* XXXII. § 1357*a*. — *Rudorff* II. § 101. — Caeterum dum haec res peragitur, alius interim constituendus est sive tutor sive curator. — L. 17. § 1. D. *de appellat.* (XLIX, 1.)

3) L. 13. § 1. verb.: *et si horum quid*, D. *h. t.* — Vat. Fr. § 155. — L. 1. § 1. D. *de adm. tut.*

4) a) L. 13. § 7. D. *h. t.* — b) L. 39. D. *eod.*

5) L. 13. § 11. 12. D. *h. t.*

6) Vid. § 579. not. 4. et 5. — *Glück* XXXI. p. 319—325.

7) L. 11. C. *h. t.*

8) a) L. 13. § 5. D. *h. t.* — b) L. 1. et 3. C. *si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit.* (V, 63.)

9) L. 3. 6. 15. C. *h. t.* — Cf. L. 1. § 1. D. *quando appell. sit.* (XLIX, 4.) — L. 13. pr. D. *h. t.* — § 16. I. *h. t.* *verb.*: « Qui autem excusare se volunt, non appellant ». — *Glück* XXXII. p. 74. sqq. (§ 1357.).

10) § 16. I. *h. t.* L. 21. § 1. D. *h. t.* — Cf. L. 13. § 8. *eod.*

11) L. 15. § 13. D. *h. t.*

12) a) L. 15. § 1. D. *h. t.* — L. 20. in f. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) (cf. § seq. not. 2.). — b) L. 28. pr. D. *de test. tut.* — L. 28. § 1. L. 32. 33. 34. D. *h. t.* (*Hauboldi* opusc. ed. *Wenck* I. p. 376 sqq.) — c) L. 2. C. *si tut. vel cur. fals. allegat.* rel. (V, 63.) Vat. Fr. § 154. — *Glück* XXXI. p. 186 sqq. (nr. 2.). XXXII. p. 114 sqq. (§ 1358.). — *Rudorff* § 99.

tere poterat tutelae onus, nisi si aut ex proxime conjunctis esset personis, aut patris testamento tutor datus [13]). Quo quidem jure non utimur.

§ 581. B) *De deferendae tutelae causis*, 1) *universim.*

Tres jure Romano constitutae sunt causae, quibus defertur tutela : testamentum, lex, magistratus auctoritas, unde tutores testamentarii, legitimi, dativi appellantur [1]). Pacto autem licet effici possit, ut excludatur excusatio, non tamen defertur [2]). Sed jam de singulis seorsim.

§ 582. 2) *Singulatim* a) *de testamentaria tutela* (*).

Testamentaria tutela vel plena est, cui et propriae, perfectae nomen, vel minus plena, seu impropria, imperfecta. Plenam interpretamur eam, quae testamento aut codicillis testamento confirmatis [1]) a parente constituitur liberis ipsius subjectis potestati, impuberibus illis, nec post testatoris mortem in alius potestatem recasuris [2]), postumis etiam [3]). Et qui ita dantur, ipso quidem jure fiunt tutores, nec omnino opus est magistratus confirmatione, certe secundum Romani juris praecepta [4]). Ac minus plene datorum duo sunt genera tutorum [5]). Alterum est eorum, qui sine inquisitione confirmantur; quo in genere sunt, qui a patre avoque paterno aut liberis potestati quidem subjectis, at non legitimo dantur modo, aut emancipatis, aut naturalibus, honoratis illis quidem testamento, dantur [6]). Alterum est genus eorum, qui non nisi ex inquisitione confirmantur [7]). Et horum quidem in numero sunt, cum qui a patre dantur naturalibus liberis non honoratis, tum vero aut a matre aut ab extraneo impuberibus institutis [8]). Licet autem, qui confirmatione egent, pericula tutelae non adstringantur,

13) L. un. C. *de potiorib. ad mun. nominand.* (X, 65.) — Vat. Fragm. § 157 — 167. 206 — 219. 242. — *de Buchholtz* excurs. II. ad Vat. Fragm. p. 326 sqq.

§ 581.

1) L. 52. pr. C. *de episc. et cler.* (I, 3.)—Caeterum *dativi* nomen ad eum referri olim solebat, qui testamento datus esset tutor. *Gaji* Inst. I. § 154. —*Ulpiani* Fr. XI, 14.

2) Cf. § 580. not. 12. a.—E scriptorum numero, qui ultro citroque hanc pertractarunt quaestionem, hi sunt inprimis commemorandi : *J. G. Bauer* de tutela pactitia Romanis non incognita. Lips. 1739. — *J. G. Heineccius* de tutela pactitia seu conventionali. Lips. 1765. — Cf. *Hoepfneri* Comment. § 168. not. 3. ibiq. — *Weberi* adnotatio,—tum vero *Glück* Pand. XXIX. p. 170. in f. sqq. — *Rudorff* I. § 45.

§ 582.

(*) Inst. (I, 14.) *qui test. tut. dari poss.* — Dig. (XXVI, 2.) et Cod. (V, 28.) *de testamentaria tut.*

1) L. 3. D. *h. t.*— L. 1. § 1. D. *de confirm. tut.* (XXVI, 3.)

2) L. 1. pr. § 2. L. 2. L. 4. L. 6. L. 16. pr. § 1— 4. D. *h. t.*—L. 73. § 1. D. *de reg. jur.*

3) L. 1. § 1. L. 5. L. 6. in f.—L. 19. § 2. D. *h. t.* —L. 10. § 2. *eod.*

4) L. 7. L. 19. § 2. D. *h. t.*—*Ulpiani* Fr. XI, 14. —Cf. § 586. not. 4. et 11.

5) Dig. (XXVI, 3.). Cod. (V, 29.) *de confirm. tut. vel curat.* — Cf. *A. A. de Buchholtz* de confirmandis tutoribus exercitatio juris civil. Regiom. 1838. 8.—*Rudorff* I. § 41. 42.

6) a) L. 3. D. *de confirm. tut.*—L. 2. C. *eod.*— L. 6. D. *eod.* (*Glück* Pand. XXIX. p. 171 — 175. nr. 3.)— L. 8—10. D. *eod.* — L. 4. D. *h. t.* (XXVI, 2.).—b) § 5. I. *h. t.*—c) L. 4. C. *de confirm. tut.* et arg. L. 7. pr. D. *eod.* (vid. not. 8. a.).

7) Sunt etiam, qui discrimen statuant inter eos, qui cum satisdatione et sine satisdatione confirmantur, maxime propter L. 5. D. *de confirm. tut.* — Sed vid. *Glück* XXIX. p. 289. in f. sqq. et infra § 586. not. 8.

8) L. 7. pr. D. *de confirm. tut.* (« Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, *nec sine inquisitione confirmatur.* ») — Dissent. *Glück* XXIX. p. 269 — 271. et p. 284. not. 9.—b) L. 4. D. *h. t.*—L. 1. § 2. L. 5. D. *de confirm. tut.* —L. 28. § 2. D. *h. t.* (*Glück* XXIX. § 285.) — Caeterum, tollendam esse negationem, e L. 4. C. *de test. tut.*, id jam ex iis, quae in hujus loci principio leguntur verbis, nemo non intelliget.— Cf. *Cujacius* ad tit. Inst. de tut. in f.— Cf. omnino *Goeschen* Grundr. § 749.

donec illa secuta sit [9]), tamen, si ex legis necessitate confirmandi sunt, rectius statuitur, testamentariis perfecte datis eos esse aequiparandos, quam a magistratu creatis [10]). Ac omnino ut valeant testamentariae tutelae, ea appareant necesse est, cum in personis, tum in testamentorum condendorum forma ac ratione, sine quibus consistere ultimae hominum voluntates prorsus nequeunt [11]). Quibus quidem observatis, conditio aut dies recte adjicitur [12])· Caeterum, licet proprie non dentur curatores testamento, plerumque tamen a magistratu confirmantur hi, quos parens liberis testamento destinavit curatores [13]).

§ 583. b) *De legitima tutela* (*).

Antiquitus non nisi agnatorum legitima tutela in usu erat [1]). At rationem, qua subnixa illa est, scil. ex successionis jure aestimanda esse metiendaque tutelarum munera [2]), quam quidem veteres jam JCti ad novas subinde effingendas tutelarum species prudenter adhibuerant [3]), tum etiam ad hereditates novis legibus delatas traduxerant [4]), tandem Justinianus restituit integritati suae [5]), quoad quidem omnino fieri posset [6]). Est igitur duplex tutelae legitimae tamquam summum genus: alterum cognatorum (not. 5.); alterum patronorum, cujus ad similitudinem aliae duae effictae sunt species, cum parentum emancipantium tutela [7]), tum vero ea, cui fiduciariae nomen inditum est [8]). E cognatis igitur, ut quisque est proximus ad hereditatem, legitimam ilam quidem, ita ei potissimum tutelae deferri debet onus [9]), nisi quod mater et avia praeferantur ex latere cognatis [10]),

9) L. 40. L. 58. § 2. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — L. 1. et 4. C. *h. t.* — Nec tempora excusationi praestituta antea cedunt, quam confirmatio facta est.—L. 1. et 2. C. *de confirm. tut.*

10) Arg. L. 3. L. 4. L. 6. L. 8. D. *de confirm. tut.*—L. 2. C. *eod.*—Cf. L. 32. et 34. D. *de excusat.* (XXVII, 1.)—*Hauboldi* opusc. T. I. p. 384 sq. atque ibid. p. 367. in f. sq. — *Glück* XXIX. p. 293 sqq. (§ 1311*a*.).

11) L. 1. § 1. D. *h. t.* (XXVI, 3.) « Sunt quidam dati recte tutores secundum testamenta, id est, et a quibus oportet, et quibus oportet, et quomodo oportet, et ubi oportet.»—a) L. 21. D. *de test. tut.* —b) L. 20. pr. L. 30. D. *h. t.* (*Haubold* D. de tutore incerto. Lips. 1790. et in opusc. a *Wenckio* edit. p. 549 sqq.) — c) L. 23. D. *h. t.* — d) L. 10. § 1. D. *h. t.*—e) L. 9. L. 31. D. *h. t.* (cf. *J. U. Roeder* Symbola ad jus tutelae testamentariae collata. Coburgi 1772. 8.).—f) Quid? quod nihil plerumque agitur tutoris donatione ad certas causas vel res facta testamento. L. 12 — 15. D. *de test. tut.* — § 4. I. *eod.* (cf. § 578. not. 5. in f.). — *de Loehr* Archiv f. civ. Pr. XI. p. 9 sqq. (nr. 3. 4.).—g) L. 29. D. *de test. tut.* — Caeter. vid. L. 18. § 1. *ad L. Cornel. de fals.* (XLVIII, 10.)

12) § 1. I. *h. t.*—L. 8. § 1—3. D. *de test. tut.*—Cf. L. 10. § 3. 4. *eod.*

13) L. 7. in f. C. *de test. tut.* (cf. *Cujacii* obs. VII, 6.). — L. 1. § 3. L. 2. § 1. L. 6. D. *de confirm. tut.*

§ 583.

(*) Dig. (XXVI, 4.) *de legit. tutorib.*—Cod. (V, 30.) *de legit. tutela.*

1) Inst. *de legitima agnator. tut.*

2) L. 73. pr. D. *de reg. jur.*— Inst. tit. *de legit. patronor. tut.* « — — quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet ».

3) *Ulp.* Fr. XI. § 3—5. et infra not. 7. 8.

4) L. 7. pr. in f. D. *de cap. min.* (IV, 5.)

5) Nov. 118. c. 5.

6) Nam vid. supra § 578. not. 5.

7) Inst. (I, 17.) *de legit. patr. tut.* et (I, 18.) *de legit. parent. tut.* — L. 5. C. *de dolo* (II, 21.)—Caeterum parentum huic tutelae item fiduciariae nomen fuisse, id jam nemo post *Gaji* inst. repertas ex *Ulpiani* loco (Fr. XI, 5.) repetat. Frustra etiam Theophilo testimonium denuntiant, quasi is emancipantium parentum tutelae fiduciariae nomen tribuat, in pr. ad Inst. *de curatoribus.* Sublata enim falsa verborum distinctione, quae quidem, sive editoris sive operarii peccato, in Reitzianam irrepsit editionem, jam optime conveniet Theophili explicatio cum iis, quae aliis in locis hac de re prodita sunt. Hoc jamdudum ex verissima *Friderici Adolphi Schultingi* conjectura, quam liberaliter mecum ille communicaverat, certo mihi erat persuasum. At vero aliquanto post me admonuit *Ludovicus Pernice*, ab ipso esse *Reitzio* correctum errorem in addend. et corrig. P. I. p. LXIX.

8) *Gaji* inst. I. § 166. 172. 195. — Inst. (I, 19.) *de fiduciaria tut.* — At plerumque fiduciaria tutela, quasi genere diversa sit, separatur a legitimis, v. c. *Gaji* inst. I. § 172. 175. in f., nec non Inst. tit. laud.—Cf. *Thibaut* civilist. Abh. XII. — *Zimmern* in den röm. rechtl. Untersuchungen ab ipso *Neustetelio*que editis Nr. VIII. — *Schilling* Bem. üb. Röm. R. G. p. 49 sqq.

9) Inst. *de legit. patr. tut.* in f. (supra not. 2.) —Nov. 118. c. 5. in f.

10) *Glück* Pand. XXIX. p. 59—63. — *Rudorff* I. § 33.

atque mater etiam omnibus antecedat, qui ex ascendentium linea remotiori sunt gradu [11]). Ex fiduciariae autem tutelarum genere unius duntaxat parentum tutelae usus vestigiumque, idque perexiguum, in foris nostris apparet [12]).

§ 584. c) *De dativa tutela* (*). α) *Ejus constituendae ratio et modus.*

Dativa est tutela, quae ex magistratus, cui dandorum quidem tutorum jus est [1]), proficiscitur auctoritate. Dandus autem est tutor 1) ab eo, qui habet jurisdictionem aut in personam aut in bona pupilli [2]); 2) is, qui jurisdictioni subjicitur dantis [3]); 3) forma observata legitima ac justo modo, i. e. ex inquisitione [4]), nec fere cum conditionis dicive adjectione [5]); denique 4) eis, qui aut nullos habent tutores, aut eos habent, qui negotiis adhiberi nequeunt. Eaque res his regitur praeceptis: In deferendae tutelae causis primum quidem locum atque ordinem obtinet testamentaria [6]), postremum dativa, sic tamen, ut, quamdiu testamentaria speratur, tutela legitima cesset [7]). Similisque testamentario tutori est legitimus, id est: dum ambigitur, an proximior futurus sit tutor, inferior non erit admittendus, sed interim a magistratu tutor dandus [8]). Omninoque dativa locum habet tutela, quoties aut temporarius tutor dandus [9]), aut alius tutori adjungendus est sive tutor sive curator [10]), aut magistratus decreto auctoritateque interveniente de admittenda finiendaque tutela statuitur [11]). Denique minorum curatores non fere fiunt, nisi ex magistratus auctoritate [12]).

§ 585. β) *Petendae jus officiumque* (*).

Petunt tutores pupillis alii volentes, alii ex necessitate. Et volentes quidem

11) Nov. 94. c. 1. — Nov. 118. c. 5. — *Thibaut* Pand. § 398.

(12 *Thibaut* civ. Abh. l. l. p. 296 sqq.

§ 584.

(*) Inst. (I, 20.) *de Atiliano tutore, et eo, qui ex lege Jul. et Titia datur.* — Dig. (XXVI, 5.) *de tutoribus et curatoribus dat. ab his, qui jus dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt.*—*A. C. Marche* D. de tutorib. ex L. Jul. et Tit. Lips. 1736. (et in *Fellenbergii* jurisprud. antiq. II. Nr. 19.). — *Rudorff* I. § 45 — 55.

1) Pr. § 3. 4. 5. I. *h. t.* — L. 1. L. 3. L. 8. pr. § 1. D. *h. t.*— *Glück* XXIX. p. 400 sqq. (§ 1317. et § 1317 *a.*).—*J. P. Ludewig* differentiae jur. Rom. et Germ. in Atiliana tutela (Hal. 1713.) Differ. IV. V.—*Glück* l. l. § 1318.

2) L. un. C. *ubi petantur tut. vel curat.* (V, 32.) (cf. § 577. not. 7.) — L. 3. § 5. D. *jud. solvi.* (XLVI, 7.) — *Sam. Stryck* Us. mod. Pand. Lib. XXVI. T. V. § 8. — *Leyser* meditt. ad Pand. spec. 333.

3) L. 3. in f. D. *h. t.* — L. 5. C. *qui dari tut. poss.* (V, 34.)—L. 24. D. *h. t.*—L. 4. *eod.*

4) L. 21. § 5. D. *h. t.* — L. 7. § 1. D. *de confirm. tut.* (XXVI, 3.) — L. 21. § 2. et 6. D. *h. t.* — *Theophili* Paraph. Inst. Lib. I. Tit. 20. § 3.—*Glück* XXIX. p. 464 sqq.

5) L. 6. § 1. D. *de tutelis.* (XXVI, 1.) — L. 77. D. *de reg. jur.*— Cf. *Hoepfneri* Comment. § 200. —L. 2. D. *h. t.* — Caeterum vid. L. 5. et L. 8. § 2. D. *h. t.*

6) L. 9. § 1. in f. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.)

7) L. 11. pr. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) — § 1. I. *h. t.* — L. 10. § 7. D. *de excus.* (XXVII, 1.) — L. 26. § 2. L. 27. D. *de test. tut.* — L. 9. § 2. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — *Glück* XXIX. p. 320 sqq. (§ 1313 *a.*).

8) § 2. I. *h. t.* — L. 1. § 2. D. *de legit. tut.* (XXVI, 4.)

9) L. 2. D. *h. t.*

10) *Ulp.* Fr. XI, 24. — L. 3. § 2. D. *de tut.* (XXVI, 1.) — § 5. 6. I. *de curat.* — L. 5. C. *de in lit. dando tut. vel cur.* (V, 44.)— § 2. I. *de excus.* — L. 9. D. *de susp. tut.* (XXVI, 10.)

11) a) L. 11. § 1. 2. 3. D. *de test. tut.* (*Hoepfner* § 179. et ibi *Weber* not. x.)—Quodsi plures sunt testamentarii tutores, quamdiu unus ex his superstes erit, etiam in defunctorum locum alii dantur a magistratu. L. 11. § 4. D. *de test. tut.* — b) Vid. supra § 578. not. 17.

12) L. 7. in f. C. *de test. tut.* (V, 28.)— Caeter. vid. § 1. I. *de curat.*—L. 3. § 5. L. 39. § 1. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.)

§ 585.

(*) Dig. (XXVI, 6.). Cod. (V, 31.) *qui petant tutores vel curatores.* — *J. D. Storch* (Pr. *J. R. Engavio*) D. de poenis in tut. petendo negligentium. Jen. 1748.—*Zimmern* Röm. R. G. § 230. — *Rudorff* I. § 56. 57.

cognati adfinesque, familiares amicique parentum, educatores pupillorum, tum creditores debitoresve eorum [1]). Curatores adultis non recte petuntur, nisi ab eis, quibus tale est cum minore negotium, quod sine curatore expediri nequit [2]). At necesse habent cum mater et avia, tum hi, qui proxime aut ab intestato aut ex pupillari substitutione successuri sunt, tutores curatoresve impuberibus, itemque furiosis, aut petere, aut, ut testamento non perfecte dati confirmentur, postulare [3]), utique intra annum [4]). Quod ni sponte [5]) fecerint, item si aut negligenter aut impie in petendis tutoribus egerint, omnis eis *impuberis mortui* [6]) denegatur successio, cum ab intestato, tum substitutionis jure pupillaris [7]). Quin imo et in rejectorum aut excusatorum aut defunctorum locum tutorum alios intra anni spatium denuo petere debent, tum etiam efficere, ut suspectis accusatis adjungantur curatores, simili negligentiae fraudisque poena constituta [8]). Quemadmodum autem nihil nocet, iis non petiisse tutores, qui aut intra annum, quo peti debuit, aut post pubertatem mortui sunt [9]), non magis quam eos petiisse tutores, qui aut excusantur (nisi data opera hoc factum sit), aut postea esse solvendo desierunt [10]): sic prorsus cessat petendi officium, si aut ab aliis praeventi fuerint in petendis tutoribus mater heredesve [11]), aut si amplum pupillo legatum ea conditione sit relictum: si tutores non habuerit; dummodo damnum inde pupillo minus eventurum sit cumulo legati [12]). Praeterea ignoscendum est matri, quae liberis prorsus egenis non petierit tutores [13]), denique minor etiam aetas excusat liberatque ab hujus negligentiae poena [14]). At juris ignorantia non excusat [15]). Caeterum etiamsi a nemine petantur, tamen magistratus officio constituendi sunt tutores curatoresve, certe ex germanorum legumlatorum decretis [16]).

§ 586. C) *De tutelae munere rite subeundo.*

Tutelae muneris recte ac legitime suscipiendi hae sunt conditiones necessariae: magistratus decretum (vocant *tutorium*, *curatorium*), satisdatio [1]) et juris-

1) L. 2. pr. § 3. D. L. 4. C. *h. t.*
2) L. 2. § 4. 5. D. *h. t.* — L. 1. et 7. C. *h. t.* — *Glück* Pand. XXX. p. 90 sqq.
3) L. 2. § 1. D. *h. t.* — L. 2. § 28. in f. D. *ad SCt. Tert.* (XXXVIII, 17.)— L. 10. C. *de legit. hered.* (VI, 58.) — Etiam naturalibus liberis L. ult. C. *h. t.* — L. 2. § 29—31. D. *ad SCt. Tert.*—L. 2. § 36. 37. *eod.* — L. 4. pr. D. *h. t.*
4) L. 2. § 43. D. *ad SCt. Tert.* — § ult. I. *eod.* — L. 10. C. *de legit. hered.* — Caeter. cf. L. 8. C. *h. t.*
5) L. 2. § 24. D. *ad SCt. Tert.* — *Gluck* XXX. p. 82 sq. not. 83.
6) L. 3. C. *ad SCt. Tert.* (VI, 56.) — L. 6. C. *h. t.*
7) L. 2. § 1. D. *h. t.*—L. 10. C. *de legit. hered.* —L. 2. § 32. 34. 36. D. *ad SCt. Tert.* — Cf. L. 4. § 3. D. *h. t.*— Num Novellarum jure (arg. Nov. 115. c. 3. pr. et c. 4.) haecce poena matri remissa esse videatur? quaeritur. Vid. *Gluck* XXX. p. 134 sqq. (§ 1326.).
8) L. 2. § 2. D. *h. t.* — § 6. I. *ad SCt. Tert.* — L. 2. § 35. 38. D. *eod.* — L. 4. § 2. D. *h. t.*— L 2. § 30. D. *ad SCt. Tert.* coll. cum L. 4. § 1. D. *h. t.* — *Gluck* XXX. p. 81. not. 59. — Cf. *ibid.* p. 132 sq.
9) a) Arg. L. 2. § 43. D. *ad SCt. Tert.* (*Gluck* XXX. p. 127. in fin. seq.) — b) Supra not. 6.
10) L. 2. § 32. in f. et § 37. D. *ad SCt. Tert.*
11) L. 2. § 27. D. *ad SCt. Tert.*
12) L. 2. § 44. D. *ad SCt. Tert.*
13) L. 2. § 26. 46. *ad D. SCt. Tert.*
14) L. 2. C. *si adv. delict.* (II, 35.)—Arg. L. 108. D. *de reg. jur.* (*Gluck* XXX. p. 122 sq. not. 79.).
15) L. ult. C. *h. t.*
16) Ord. P. Imp. T. XXXII. § 1.—Quod quidem magistratus officium ex L. 11. C. *de compens.* IV, 31. non esse repetendum videtur (vid. *Accursii* Gl. ad h. l.); quamvis Basilicor. cum interpr. tum Schol. ad magistratus officium obligationemque hunc locum videantur referre. T. III. p. 582. et 585. not. q.

§ 586.

1) Inst. (I, 24.) *de satisdatione tutor. vel curator.* —Dig. (XLVI, 6.) *rem pupilli vel adolescentis salvam fore.* — Cod. (V, 42.) *de tutore vel curatore, qui satis non dedit.* — Cf. infra not. 8 sqq. et *Zimmern* Röm. R. G. § 219. — *Rudorff* II. § 106.

jurandi religio [2]). Et licet magistratus quidem auctoritas etiam Romano jure ad omnem rem tutelarem multum valeret [3]), tamen ad constituendum tutelae munus decreto non erat opus, nisi aut in testamento datis jure imperfecto tutoribus [4]), aut in dativis, ut quidem prae caeteris vocari solent. Testamentaria enim, plena illa quidem, ab adita hereditate delata est [5]), legitima, ex quo compertum habet tutor, intestatum esse mortuum patrem pupilli [6]). Similiter a satisdationis officio erant immunes cum patris testamento dati [7]), tum ex reliquorum numero hi, qui ex inquisitione a magistratu majori dati essent [8]), utique si non inter plures, alioquin immunes, de rerum administratione deferenda contentio quaestiove esset [9]). Legitimi tantum tutores omnino erant ad satisdandum obstricti, nisi Praetor causa cognita remitteret satisdationem [10]). At nostris legibus moribusque nemini tutelae munus licet subire, nisi ex magistratus auctoritate, tum etiam idonea de officiis rite implendis praestita cautione [11]). Quae quidem juris immutatio ad omne pristini juris vestigium, omneque abolendum, quod inter deferendae tutelae causas olim intererat discrimen, minime potuit valere [12]).

§ 578. II. *Quibus modis finiatur tutela vel cura* (*). *Causae perimendarum tutelarum*, A) *communes.*

Finiendarum tutelarum causae aliae communes sunt, i. e. eae, quae cum in tutorum curatorumve, tum in eorum, qui sub tutela vel sub cura sunt personas, similiter cadere possunt; aliae alterutrius generis personarum propriae. In priorum numero causarum vel maxime continentur mors naturalis [1]) et capitis deminutio, utique magna (§ 184. not. 10. 12.) [2]). Itemque minima, quoties contingit pupillum, cum is patriae subjiciatur potestati, causa est dissolvendae tutelae, eaque perpetua [3]). Quodsi tutor capite minuatur, eae duntaxat perimuntur tutelae, quae aut mero agnatorum jure continentur [4]), aut hominibus in patria positis potestate fuerint delatae [5]). Est praeterea alia tutelarum finienda-

2) Nov. 72. c. 8. (vid. *Reitzii* Glossar. Theophilin. v. κηδεμών et *Konopak* Inst. § 170. not. 1. — *Glück* Pand. XXX. p. 158 sqq. — Caeter. cf. *Zimmern* R. R. G. § 236. in f. et not. 28.). Ord. P. Imp. XXXII. § 3. — *Rudorff* II. § 106. — Vid. et infra not. 8.

3) L. 10. pr. D. *de confirm. tut.* (XXVI, 3.) — L. 7. D. *de annuis leg.* (XXXIII, 1.) — Cf. § 576. not. 4.

4) L. 39. § 2. 9. L. 40. L. 58. § 2. D. *de adm. tut.*

5) L. 9. D. *de test. tut.* — L. 45. § 1. D. *de excus.*

6) L. 6. D. *de legit. tut.* — Cf. L. 3. C. *de tut. vel curatore, qui satis non dedit.* (V, 42.) et infra not. 10.

7) Pr. I. *h. t.*

8) § 4. I. *h. t.* — Cf. L. 13. in f. D. *de tut. et cur. dat.* (XXVI, 5.) — L. 5. § 1. D. *de legit. tut.* (XXVI, 4.)

9) § 1. I. *h. t.* — L. 17. L. 18. L. 19. pr. et § 1. *de test. tut.* (XXVI, 1.) — L. 4. C. *h. t.* — Cf. *Glück* XXX. p. 178—180.

10) L. 5. § 1. D. *de legit. tut.* (XXVI. 4.) — L. 3. C. *de tut. vel cur., qui satis non dedit.* (V. 42.)

11) Ord. Pol. Imp. XXXII. § 2. 3. — *Glück* l. l. p. 180. in f. sqq. — Cf. et Landr. f. die Preuss. Staaten II. Tit. 18. § 433 sqq.

12) Cf. *Hoepfner* Comment. § 185. — *Thibaut* Pand. § 515. E. b. — Archiv f. civilist. Praxis I. Nr. 27. — *Glück* XXIX. p. 505 sqq. (§ 1312. et § 1312a.).

§ 587.

(*) Inst. (I, 22.) *quibus modis tutela finitur.*

1) § 3. I. *h. t.* — L. 16. § 1. D. *de tut.* (XXVI, 1.) — Cf. *H. Donelli* comment. jur. civ. III. c. 14. § 8. (ed. *Koen.*). — Caeter. vid. infra § 590. not. 10.

2) § 1. in f. et § 4. I. *h. t.* — L. 14. § 2. D. *de tut.* — De lege 15. D. *de tut.* (XXVI, 1.) vid. *Glück* XXX. p. 133 sqq. not. 20.

3) § 1. et 4. in f. I. *h. t.*

4) Cf. § 561. nr. 1. — Et olim quidem tutoris cap. dem. minima omnino omnes exstinguebantur legitimae tutelae. § 4. I. *h. t.* — L. 5. in f. D. *de legit. tut.* (XXVI. 4.) Quod quidem jus posterioribus juris hereditarii conversionibus sensim sensimque abolitum est. — L. 7. pr. in f. D. *de cap. min.* (IV, 5.) — Nov. 118. c. 5. — Cf. § 583. not. 1 sqq.

5) L. 7. pr. D. *de cap. min.* « Tutelas etiam non amittit capitis deminutio, exceptis his, *quae in jure alieno personis positis deferuntur.* » De quo loco, vexatissimo illo quidem, vid. Basil. Schol.

rum causa, quae quidem similiter potest ad utriusque, cum tutoris tum pupilli, pertinere personam, licet propria sit testamentariae tutelae: dico conditionem diemve tutoris constitutioni testamento factae appositam [6]).

§ 588. B) *Propriae*, 1) *eorum, qui sub tutela vel sub cura sunt.*

Ex pupillorum adultorumque persona tutela quidem finitur pubertate [1]), cura aetate quinavicennaria [2]). Praeterea possunt etiam minores, venia aetatis a principe impetrata, eximi curatorum auctoritati [3]). Quae, quidem masculis duntaxat viginti annis majoribus, foeminis postquam duodevicesimum compleverint annum, impertitur, nec nisi hoc pacto, ut et de annorum numero, et de morum probitate, frugalitate, denique de ea facultate, qua quisque suis ipse rebus superesse possit, rite edoceant magistratum [4]). Quo quidem facto is, qui veniam aetatis impetravit, tamquam major, et negotia libere instituit et obligationum onus contrahit [5]), sic tamen, ut nec immobiles res sine decreto possit alienare vel oppignerare [6]), nec ad ea adspirare, quae, tum privatorum arbitrio tum vero publico jure, non nisi legitimae ac perfectae tribuenda sunt aetati [7]). Caeterum quod publica auctoritate concedi solet artium operarumve profitendi exercendique jus, id quandam habet veniae aetatis impetratae similitudinem et velut imaginem [8]).

§ 589. 2) *Tutorum curatorumque.*

In tutorum ac curatorum personas causae finiendarum tutelarum conveniunt hae: matris ejusdemque tutricis vota secunda [1]); excusatio ejusmodi, propter quam et susceptam deponere licet tutelam (§ 579. not. 13 — 17.); suspecti remotio [2]). Est autem suspectus tutor cum is, qui non ex fide gerit, tum vero ille,

ad h. l. not.n.(T. VI. p. 159.). — *Cujacius Schultingius*que in not. ad *Ulp.* Fr. XI, 9. —*J. Gothofredus* ad XII. tabb. (in *Ottonis* thes. III. p. 170.). — *J. Constantinaeus* subtil. enod. Lib. I. c. 7. (*Otto* IV. p. 494.). — *Ulr. Huber* Eunomia Rom. p. 201 sqq. — *Schulting* enarr. part. I. Dig. IV. Tit. 5. § 4. — *J. v. de Water* obs. jur. Rom. III, 13. — *J. L. Conradi* reprehens. div. cap. VII. (opp. T. II. p. 144—152.).—*Glück* Pand. II. p.199. not. 94. Ed. *Geb. Sp.* not. 29. — *Rudorff* III. p. 238. — *Schultingius Smallenburgius*que in not. ad Dig. T. I. p. 559 sq. — Jam vero, si comprobamus sententiam in contextu propositam (cui etiam adstipulatur *Glück* Pand. XXX. p. 139 sqq. not. 26.), necesse est, ut superiorem locum de eo accipiamus filiofamilias, qui adoptione cap. deminutionem passus sit, scil. propter L. 11. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — Dissent. *Huschke* Rhein Mus. VII. p. 68 sqq. Nr. 2. Contra quem A. L. Z. anni 1835. Nr. 77. Col. 609 sq.

6) § 2. et 5. I. *h. t.*

§ 588.

1) Pr. I. *h. t.*—Cf. supra § 579. not. 12. et *Weber* ad *Hoepfnerum* § 230. not. 5. (A quo tamen ipse *Hoepfnerus* dissent. § 246.)—Vid. supra § 577. not. 10.

2) Pr. I. *de curat.*

3) Cod. (II, 45.) *de his, qui ven. aetatis impetraverunt.* — Cf. et L. 3. pr. D. *de minorib.* (IV, 4.) (*Glück* Pand. XXX. p. 29 sqq. not. 30.). — *Rudorff* III. § 203. p. 221 sqq. — Caeterum veniae aetatis vocabulo nonnumquam etiam beneficium aetatis significatur, velut in L. 20. pr. in *t.* D. *de minorib.*

4) L. 2. C. *h. t.* — *Marezoll* in *Grolmani Loehrii*que Magaz. IV. p. 497 sqq. (nr. 13.) et *Glück* XXX. p. 145 sqq. — *Zimmern* Röm. R. G. § 251. p. 950 sqq.

5) L. 1. C. *h. t.*

6) L. 3. C. *h. t.* — *C. H. G. Koechy* civilist. Erört. I. Nr. 8.—Cf. *Glück* Pand. II. § 130. p. 227. (ed. II.).

7) L. 4. C. *h. t.*— *Voet* ad Pand. L. XXVI. T. 1. nr. 5. (« An qui per veniam aetatis pro majorenne habetur, invitus cogi vel volens admitti possit ad tutelam gerendam ? »)

8) *Vinnii* quaest. sel. I, 13.— *Weber* nat. Verbindl. § 64. nr. 7.—Arg. L. 3. § 1. D. *ad SCt. Maced.* (XIV, 6.)

§ 589.

1) Nov. 94. c. 2. (vid. supra § 542. not. 8.).

2) Inst. (I, 26.) Dig. (XXVI, 10.). Cod. (V, 43.) *de susp. tut. et cur.* — *Jo. Vollenhove* D. de susp. tut. et cur. Lugd. Bat. 1732. (in *Oelrichsii*

in quem propter morum pravitatem, segnitiem, rusticitatem, simplicitatem, ineptiam, inimicitiam cadit suspicio, ipsum cum pupilli damno incommodoque res esse administraturum [3]). Quam in rem suspecti postulatio comparata est, quae est actio quasi publica, utpote omnibus patens, mulieribus quoque, dummodo necessitudinis pietate ductae ad eam procedant [4]). Praeterea suspecti accusatio ad officium pertinet reliquorum tutorum [5]), quin imo et sine accusatione poterit suspectus repelli, si quidem ex apertissimis rerum argumentis suspicionis causa appareat [6]). Ipsis quidem pupillis non permittitur suspectos facere tutores; adolescentes tamen curatores suos suspectos possunt arguere, scilicet ex necessariorum consilio [7]). At fieri suspecti atque accusari omnes possunt tutores, etiam testamento dati, legitimi quoque, sic tamen, ut nonnunquam eorum, qui ex legitimorum numero sunt, parcendum sit famae [8]). Quoad autem finiatur cognitio, administratione interdicitur ei, qui suspectus postulatus est [9]). Quodsi contra accusatum ferenda sit sententia, tum ille nunc simpliciter removetur, nunc cum infamia, nunc ad eum remittitur magistratum, penes quem est criminum puniendorum provincia ac potestas; nonnunquam etiam retinetur tutor, scilicet curatore ei adjungendo [10]). Sin finiatur tutela, antequam lata sit sententia, ipso jure exstinguetur suspecti accusatio [11]).

TIT. II. DE ADMINISTRANDA TUTELA ET CURA.

Dig. (XXVI, 7.) *de administratione et periculo tutorum et curatorum, qui gesserint vel non, et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus*). — Cod. (V, 37.) *de administratione tutor. vel curator.* (*et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda*).

§ 590. I. *De iis, quae universim spectant ad rem tutelarem.* A) *Quomodo omnino fungi debeant officio suo tutores.*

Tutorum curatorumque officium cum ad personas referendum est pupillorum adultorumque [1]), tum vero ad bona omninoque ad rem eorum familiarem. In utroque autem officii genere caveat tutor, ne indefensum relinquat pupillum [2]), scilicet litibus pupilli nomine et instituendis et suscipiendis, quoad quidem rerum necessitas id postulet [3]). At non modo gratuitum plerumque esse debet tutoris munus [4]), verum etiam ut bonus idoneusque paterfamilias fungi eo necesse habet

thes. novo Dissert. Vol. I. T. I. Nr. 3.). — Dissert. *d'Hauw* de eodem argum. Brugis 1828. (cf. ephemerid. Tub. IV. p. 237 sqq.). — *Rudorff* III. § 193—200.

3) § 5. I. L. 3. § 5. 12. 17. et 18. L. 7. § 1. D. *h. t.*—L. 3. § 14. L. 7. § 2. D. *h. t.*—L. 5. C. *eod.* — Cf. *Vollenhove* l. l. I. § 5. VI. § 2—6. — « Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam, vel negligentiam, vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri. » — § 5. I. *h. t.* — Atque hinc inprimis profecta est recentiorum quorundam doctrina, suspectos et quasi suspectos distinguentium tutores; contra quos vid. *Glück* Pand. XXX. p. 60 sqq.

4) § 3. I. *h. t.*—L. 1. § 6. 7. D. *h. t.*

5) L. 3. § 2. D. *de adm. et per. tut.* (XXVI, 7.) — L. 5. D. *h. t.* — L. 1. § 15. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.)—Cf. L. 3. pr. *h. t.*

6) L. 3. § 4. D. *h. t.*

7) § 4. I. L. 7. pr. D. *h. t.*

8) § 2. I. L. 1. § 5. L. 3. § 2. D. *h. t.* — L. 9. D. *eod.*—§ 12. I. L. 3. L. 6. D. *h. t.*

9) § 7. I. *h. t.*—L. 7. C. *eod.*

10) § 6. I. *h. t.* — L. 3. in f. L. 4. pr. § 1. 2. D. L. ult. C. *eod.*—L. 1. § ult. L. 3. § 15. 16. D. *h. t.* § 10. I. *eod.* — *Vollenhove* l. l. c. VIII. — De quaestione, acriter saepiusque agitata: num etiam eum, qui propter latam culpam condemnatus sit, infamia sequatur? vid. *Glück* XXX. p. 100 sqq.

11) § 8. I. L. 11. D. L. 1. in f. C. *h. t.*

§ 590.

1) O. P. I. Tit. XXXII. § 3.

2) L. 30. D. *h. t.* (XXVI, 7.). — Cf. supra § 577. not. 5. a.

3) L. 15. D. L. 28. pr. § 1—4. C. *h. t.*—L. 6. C. *eod.*—L. 9. § 6. D. *eod.*

4) L. 33. D. *de neg. gest.* (III, 5.)—L. 58. pr. in

tutor [5]), sic tamen, ut plerumque [6]) non ultra eam teneatur diligentiam, quam suis ipse adhibere consueverit rebus [7]). Imo interdum tutores nullam nisi latam praestare culpam necesse habent [8]), nec umquam heredes eorum propter leviorem defunctorum culpam *conveniri* possunt [9]), qui caeteroquin negotia a defunctis inchoata perficere tenentur [10]). Denique in iis percensendis tutorum officiis, quae ad omne generatim pertinent tutelae munus, non praetermittenda est et inventarii conficiendi et rationum reddendarum necessitas. Et inventarium quidem statim initio muneris delati solenniter, i. e. publicis adhibitis personis, fieri debet [11]). Quamquam autem inventarii confectio testamento remitti potest [12]), tum vero etiam ad officium potest pertinere tutoris, ut ne inventarium solenne conficiat, si forte eo noceatur pupillo [13]), tamen nullo modo recusare poterit, quin privatam edat bonorum specificationem [14]). Rationum autem reddendarum officium Romano quidem jure post finitam demum tutelam implendum erat [15]), nostris autem legibus moribusque quotannis tutor rationes reddere necesse habet [16]). Idque remitti non potest, ne a patre quidem pupilli, quamvis nihil impediat, quo minus condonari possint ei, qui quondam fuit tutor, quae propter omissas, aut non debito modo redditas rationes ab illo praestanda sint [17]).

§ 591. B) *Tutelae vis in circumscribendis pupilli vel adulti personis* (*).

Ipsa autem *tutelaris* muneris exercendi ratio duplex est: aut enim auctoritate [1]) interponenda cernitur, aut negotiis gerendis [2]); itemque curatores aut consensu firmant, quae ab adultis aguntur, aut ipsi gerunt negotia (§ 578.). Igitur qui sub tutela vel sub cura sunt, nihil sine tutore aut curatore recte agunt, praeter-

f. D. *h. t.*—Caeter. cf. L. 33. in f. D. *eod.*, *verb.*: « nisi ab eo, qui eum dat, certum solatium ei constitutum est. » — Cf. *Brisson.* de V. S. v. *solatium.*

5) L. 10. L. 33. pr. D. *h. t.* — Supra § 353. not. 9—10.

6) Nam vid. L. 53. § 3. D. *de furt.* (XLVII, 2.) —*Hasse* Culpa des Röm. R. p. 338. et *Glück* XXX. p. 257 sq.

7) L. 1. pr. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — Nec contrariae sunt L. 7. C. *arbitr. tut.* (V, 51.), similesque LL., quae simpliciter culpam, i. e. levem, praestari a tutoribus praecipiunt. Vid. *Hasse* Culpa § 52. 53. 71. — Cf. et L. 57. pr. D. *h. t.*, de cujus loci dubia lectione vid. *Hasse* § 50. in not. et *Glück* XXX. p. 254 sqq.

8) L. 7. § 2. D. *h. t.* — Cf. L. 2. C. *arbitr. tut.* (V, 51.) — L. 2. C. *si tut. v. cur. non gesser.* (V, 55.) (*Hasse* l. l. § 73.)—L. 39. § 16. D. *h. t.*—L. 3. C. *de peric. tut. et curat.* (V, 38.)—L. 41. D. *h. t.* — Vid. supra § 133. not. 2. et *Glück* XXX. p. 263 sqq. (nr. 3.).

9) L. 1. C. *de hered. tut. v. cur.* (V. 54.) — L. 39. § 6. D. *h. t.* — L. 17. C. *de neg. gest.* (II, 19.) — *Hasse* § 72. et 75., nec non p. 601 —614.—*Glück* XXX. p. 269 sqq. (§ 1333 *b—d.*).

10) L. 1. D. *de fidej. et nominator.* (XXVII, 7.) (§ 601. not. 1.).

11) L. 24. C. *h. t.* (V, 57.).—L. 13. § 1. C. *arbitr. tut.* (V, 51.)—L. 7. pr. D. *h. t.* (XXVI, 7.).—O. P. I. XXXII. § 3. — Vid. supra § 128. et *Glück* XXX. p. 184 sqq. (§ 1330.).

12) L. 13. § 1. C. *arbitr. tut.* (V, 51.) (*Marezoll* in *Grolmani Loehrli*que Mag. IV. p. 394 sqq. nr. 12.).—*C. M. Daegener* de inv. confect. et rat. reddit. matri tutrici— —heredi institutae remissa invalida. Lips. 1724.—*Schroeder* de invent. confect. (supra § 128. not. 7.). — *Glück* XXX. p. 202 sqq. (§ 1331.).—*Rudorff* II. § 111. 112.

13) Arg. L. 2. C. *de aliment. pupillo praestandis.* V, 50. («—ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur »—) et Arg. L. 2. C. *quando et quibus pars quarta* rel. (X, 34.)

14) Arg. L. 5. § 7. D. *h. t.* («— nemo jus publicum remittere potest hujusmodi cautionibus »). *Glück* XXX. p. 211. in f. sqq.

15) L. 1. § 3. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.)—L. 7. C. *qui pet. tut.* (V, 31.)

16) Clem. 2. § 1. in f. *de religios.* (III, 11.)—O. P. Imp. XXXI, 3.—Cf. § 133.

17) L. 5. § 7. D. *h. t.* (vid. supra not. 14. et § 33. not. 7.). — Neque contrariae sunt L. 9. D. *de lib. leg.* (XXXIV, 3.)—L. 20. § 1. L. 28. § 4. L. 31. § 1. *eod.*, quippe quae de praeterita administratione intelligendae sint.—Cf. supra § 133.

§ 591.

(*) Inst. (I, 21.) *de auctoritate tutor.* — Dig. (XXVI, 8.) *de auctoritate et consensu tutor. et curator.*—Cod. (V, 59.) *de auctoritate praestanda.*

1) Cf. *Glück* Pand. XXX. p. 425 — 428. — *Rudorff* II. § 126.

2) *Ulp.* Fr. XI, 25.—Cf. *de Loehr* in *Grolmani* Mag. III. p. 28.

quam quod meliorem facere conditionem, suisque sibi negotiis alios obligare, etiam citra tutorum auctoritatem possunt [3], scilicet post infantiam [4]. Jam vero quaecunque in causis negotiisque ad pupillos adultosve spectantibus pleno et perfecto jure fiant, ea aut a tutoribus fieri necesse est, aut ab illis ipsis, qui tutelae subsunt, accedente nimirum et auctoritate tutorum, et consensu curatorum [5]. Tutor igitur imperfectum pupilli judicium sua supplet auctoritate. Est autem auctorem fieri: probare, quod agitur a pupillo infantia majore, statim, in ipso negotio praesentem, pure [6]. Neque vero in rem suam tutor auctoritatem potest accommodare, quamvis id quidem recte fiat, ut per consequentiam ei negotium geratur auctoritate sua [7]. At curatores ea, quae a minoribus geruntur, comprobantes, consentire dicuntur [8]; qui quidem consensus, quoniam iis non adstringitur conditionibus, a quibus auctoritatis pendet vis, etiam ab absente, tum post negotium contractum recte accommodatur [9]. Quid? quod in certo causarum genere et inter ipsum adolescentem curatoremque illius, nec ullo alio intercedente, negotia geri poterant [10]. Quod quidem, quemadmodum nec Romano jure usquequaque obtinuit [11], ita nostris moribus prorsus improbatur.

§ 592. C) *Res tutelaris quatenus aut ab ipsis tutoribus aut ex eorum auctoritate consensuve geratur.*

Quaecunque ad veteris juris ordinem solemnitatemque peragenda erant nec extraneis curanda poterant committi (§ 150.), tum etiam quae ad hereditates suscipiendas spectabant, ea per se solos agere tutores prohibiti sunt. Haec itaque ipsi expediebant pupilli negotia, scilicet tutore auctore, itemque consentiente curatore adolescentes [1]. Quoniam autem infantes nihil fere agunt (§ 178. not. 8.),

3) L. 11. D. *de acq. rer. dom.*—Pr. I. L. 5. § 1. L. 9. pr. D. *h. t.* — L. 13. § 29. D. *de a. e .v.* (XIX, 1.)—§ 9. I. *de inutilib. stipulat.*—L. 28. pr. D. *de pactis.* (II, 14.) — L. 2. D. *de acceptilat.* (XLVI, 4.)— L. 1. 2. C. *qui legit. pers. standi in jud. hab.* (III, 6.) — § 2. I. *quib. al. lic. vel non.* (*Hoepfner* Comment. § 419.). — L. 9. § 3. D. *h. t.* — § 1. I. *eod.* — Cf. supra § 178. not. 8. 9. 11.

4) § 10. I. *de inutil. stipul.* — Caeter. cf. L. 32. § 2. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.)— L. 3. C. *de acq. et ret. poss.* (VII, 32.)—Vid. § 239. not. 14. b. — Cf. et *Gesterding* Ausbeute *etc.* II. p. 9 sqq.

5) Vid. quod ad adultos attinet L. 3. C. *de in int. rest. min.* (II, 22.) «—*cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore — bonis interdictum est*». — Vid. *Thibaut* log. Interpr. § 33. et supra § 66. nr. 2. Cf. *Weber* nat. Verb. § 72.—Dissent. *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. Nr. XII., maxime propter L. 101. D. *de V. O.* (XLV, 1.) « Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.» Neque vero doctissimi viri rationes me commoverunt, ut jam recederem a vulgari sententia; nec est quod miremur, veteres JCtos, de integri restitutione minorum disserentes, ne ullo quidem verbo observasse, quod minores curatore instructi adversus ea, quae ab ipsis male gesta sint, non egeant restitutionis beneficio (*Marezoll* p. 412 sq.), siquidem Romano jure invitis adolescentibus curatores non dabantur, nisi ad speciales causas (§ 577. not. 8.), tum vero etiam minores adversus ea restitui possunt, quorum nullo modo potest cura pertinere ad curatores (infra § 604. not. 5.).—Caet. cf. *Rudorff* II. § 123. ibiq. p. 291 sq.

6) L. 3. L. 8. L. 9. § 3. D. § 2. I. *h. t.* (*Cujacii* obs. XIII, 31.—*Weber* ad *Hoepfner.* § 207. not. 3.) — Cf. L. 3. *h. t.* — L. 1. § 1. L. 14. D. *eod.* — L. 20. *eod.* — Cf. *Noodt* ad h. Pand. Tit. in f. — L. 25. § 4. D. *de a. v. o. h.* (XXXI, 2.)—*Glück* XXX. p. 449 sqq. (§ 1339.)

7) L. 1. pr. L. 5. pr. L. 7. pr. D. § 3. I. *h. t.* — L. 1. § 13. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) — L. 34. in f. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.) — L. 5. § 2—6. D. *h. t.*

8) Vid. Rubr. huj. tit. L. 2. C. *qui legit. person. standi in jud.* (III, 6.) etc. — Cf. *Loehr* l. l. (üb. die röm. Begr. von Tutel u. Cur.) p. 34. not. 3.

9) *Thibaut* Pand. § 413. nr. D.—Dissent. *Weber* ad *Hoepfnerum* § 227. not. 2.

10) L. 1. § 14. L. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)

11) Vid. enim L. 34. in f. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)

§ 592.

1) Velut a) L. 24. D. *de manum. vind.* (XL, 2.) —L. 6. C. *qui manum non poss.* (VII, 11.) — Cf. L. 13. D. *de manum.* (XL, 1.)— b) L. 13. § 10. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.) — c) L. 17. § 1. D. *de appell.* (XLIX, 1.) — Cf. L. 123. pr. D. *de reg. jur.* et *Ulp.* Fr. XI, 24.— d) L. 90. pr. D. *de a. et o. h.* (XXIX. 2.) — Cf. L. 11. D. *de auct. et cons. tut.* (XXVI, 8.) L. 18. § 2. et 4. C. *de jure delib.* (VI, 30.)

istiusmodi negotia integra atque intacta necesse erat jacere, usque dum infantiae annos complesset pupillus. Cui quaedam subinde accesserunt velut temperamenta, hoc pacto, ut, quae non nisi cum pupillorum incommodis molestiisque differrentur negotia, ea ab ipsis peragenda essent tutoribus, aut per deverticula, aut ad tempus duntaxat (not. 1.). At reliquum negotiorum genus *infantis* quidem nomine solus suscipere tutor necesse habuit. Et postea quoque rerum ad pupillos adultosve spectantium administratio penes solum fere erat tutorem aut curatorem, sic tamen, ut cum in obligationibus contrahendis dissolvendisve, tum vero in litibus aut instituendis aut suscipiendis, ipsorum pupillorum adolescentiumque, quoad id quidem fieri posset, adhibendae essent personae [2]). Atque ab hisce juris Romani praeceptis nostri quidem mores aliquantum recedunt. Omnia etenim, quaecunque pertinent ad eorum, qui tutelae vel curae subjiciuntur, res vel causas, soli per se expedire tutores consueverunt, praeterquam quod quo quisque est adolescens aetate aut judicio provectior, eo solent intentius animadvertere tutores, ut ne illius quoque in rebus negotiisque gerendis rationes negligant consiliumque [3]).

§ 593. II. *De singulis negotiis ad tutorum officium spectantibus.* A) *Circa eorum, qui sub tutela vel sub cura sunt, personas.*

Tutoris officium, qua ad personam pertinet pupilli, in hisce potissimum continetur: ut defendat adversus aliorum injurias pupilli personam (§ 590. not. 2.), ut ea moderetur negotia, quae ad personae spectant statum et conditionem velut perpetuam [1]), ut alimentorum educationisque curam aut ipse suscipiat aut alii demandandam efficiat [2]). Et de eo quidem, ubi pupillus moretur vel educetur, tum etiam de alimentorum quantitate et ratione, primum omnium patris erit spectanda voluntas [3]). Quodsi aut nihil his de rebus statuerit pater, item si justa adsit causa, quare a patris voluntate recedendum sit, tutor adeat magistratum, qui quidem de eo, ubi et quomodo et exhibendus et educandus sit pupillus, ex persona, ex conditione, ex tempore, ex facultatum modo statuat [4]). Atque educationis cura matri plerumque pupilli, et deinceps proximis quibusque e cognatorum genere solet committi [5]). Quodsi id generatim tutoris demandatum sit curae, ut sumtus in pupilli personam necessarios arbitrio suo eroget, tum et ipsarum facultatum, et dignitatis familiae, et honestatis ratio servanda est, usque adeo, ut et solemnia munera parentibus cognatisque mittat [6]), et alimenta praestet fratribus [7]), tum

— L. 7. § 3. C. *de cur. fur.* (V, 70.) — e) L. 7. pr. C. *ad SCt. Treb.* (VI, 49.) — Cf. L. 65. § 3. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) — Cf. *Loehr* l. l. § 9.

2) a) L. 9. pr. D. *h. t.* (XXVI, 7.) — L. 2. D. *rem pup. vel. adolesc. salv. fore.* (XLVI, 6.) (Vid. et L. 1. pr. D. *de V. O.* XLV, 1.) — b) L. 2. C. *qui legit. pers. standi in jud.* (III, 6.) — Cf. *Weber* ad *Hoepfner* § 205. not. 2.

3) *J. F. Ludovici* de facto tutel. a pupill. non praest. (Hal. 1704.) § 26. 27. — Cf. Landr. f. die Preuss. St. II. Tit. 18. § 244.

§ 593.

1) L. ult. C. *de auct. praest.* (V, 59.) — Cf. supra § 577. not. 5. — *Rudorff* II. § 117. 118.

2) Dig. (XXVII, 2.) *ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei praestandis.* — Cod. (V, 49.) *ubi pup. educari deb.* (V, 50.) *de alim. pup. praest.* — *Burchardi* Archiv f. civilist. Praxis VIII. p. 164 sqq. — *Rudorff* II. § 115. 116.

3) L. 1. § 1. L. 2. § 3. D. *h. t.*

4) L. 1. § 1. L. 2. § 2. L. 3. D. *h. t.* — L. 5. D. *eod.*

5) L. 1. 2. C. *h. t.* (V, 49.). — L. 1. § 2. D. *h. t.* (*Glück* Pand. XXXII. p. 161 sq.) — L. 1. § 3. *eod.* — Nov. 22. c. 38.

6) L. 12. § 3. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) — L. 4. D. *h. t.* — L. 13. pr. *de adm. tut.* — Cf. L. 1. § 5. D. *de tut. et rat.* (XXVII, 3.)

7) L. 13 § 2. D. *de adm. tut.* — L. 1. § 2. D. *de tut. et rat. distr.* — Vid. § 211. not. 8. — Dissentit etiam *Müller* Archiv für civ. Praxis XIII. Nr. XIII.

vero dotem det sorori pupilli egenae, eique ex eodem natae patre [8]). At nec utique improbandus est tutor, qui etiam injussu magistratus in alimenta pupilli, vel disciplinas, intra modum impenderit sumtus; quod interdum adeo necessarium est fieri, scilicet ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandantur [9]).

§ 594. B) *Circa bonorum administrationem*, 1) *praecepta communia.*

Tutor omni praeest rei pupillari atque providet tamquam dominus [1]). Quaecunque igitur agit, sive rerum possessiones dominiaque pupillo quaerendo, sive alienando, sive solutionem accipiendo, sive paciscendo, sive transigendo, ea, dummodo intra fines legitime constitutos fiant, perinde habentur, ac si ab ipso domino vel mandato ejus facta sint [2]). Quoniam autem rerum ad alium pertinentium administrator est tutor, sponte intelligitur, donando nihil eum posse efficere, nisi ubi id peculiariter ei permissum sit [3]); quin potius omni, qua par est, diligentia prospicere debet, ut res, suae commissa ac demandata curae, conservetur et, quantum id fieri possit, augeatur [4]). Praeterea in negotiis expediendis nonnumquam ad magistratus auctoritatem, singulis in causis impetrandam, adstrictus est tutor; in aliis vero ipsi debent adhiberi, quorum res agitur. Ac de his quidem sat copiose supra dictum est (§ 592.); de illis mox erit dicendum.

§ 595. 2) *Singulatim*, a) *de alienandis rebus pupillorum vel adultorum* (*).

Tutores pupillorum adultorumve res, cum immobiles atque jura [1]), tum ex mobilium genere pretiosiores, alienare [2]) volentes, id fere non nisi ex magistratus competentis [3]) auctoritate rite interposita facere possunt [4]). Et inquirat quidem magistratus, an justa adsit alienandi causa [5]), nempe necessitatis [6]), velut aeris alieni exsolvendi [7]), hujusque similis causa [8]). Neque vero passim tu-

8) Arg. L. 12. § 3. in f. D. *de adm. tut.* — Cf. supra § 521. not. 4.

9) L. 2. pr. D. *h. t.* — L. 2. C. *h. t.* (V, 50.) — L. 3. pr. D. *de contr. tut. act.* (XXVII, 4.) — Cf. L. 1. C. *h. t.* (V, 50.). — L. 3. § 14. 15. L. 7. § 3. D. *de susp. tut.* (XXVI, 10.)

§ 594.

1) L. 27. D. *h. t.* (*de administr. tut.* XXVI, 7.). — L. 157. D. *de reg. jur.* — Cf. *Zimmern* R. R. G. § 243. p. 916. — *Gluck* Pand. XXX. p. 225 sqq.

2) L. 1. § 20. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — L. 13. § 1. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — L. 12. § 1. L. 22. L. 46. in f. D. *h. t.* (XXVI, 7.). — L. 56. § 4. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 4. § 11. D. *de usurp.* (XLI, 3.) — Cf. L. 28. § 1. D. *de pact.* (II, 14.) — L. 11. § 6. in f. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) et infra § 602. — L. 16. pr. D. *de pign. act.*

3) L. 22. in f. L. 46. § 7. in f. D. *h. t.* — L. 7. § 3. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — L. 16. C. *h. t.* (V, 37.). — Cf. L. 12. § 3. D. *h. t.* (XXVI, 7.) et L. 17. in f. D. *de cur. fur.* (XXVII, 10.) — § 593. not. 6 — 8.

4) L. 24. C. *h. t.* — Cf. § 595. 596.

§ 595.

(*) Dig. (XXVII, 9.) *de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.* — Cod. (V, 71.). — *Rudorff* II. § 139—141.

1) L. 3. § 4 sqq. L. 4. L. 5. pr. § 1. D. *h. t.* — L. 13. C. *h. t.* — L. 5. § 2. *eod.* — L. 5. § 3. *eod.*

2) L. 15. C. *h. t.* — L. 5. § 8. D. *eod.* — L. 1. § 4. L. 2. D. *h. t.* — L. 3. § 5. *eod.* — Cf. L. ult. C. *de reb. alien. non alienand.* (IV, 51.) et supra § 118. not. 8. — *Rudorff* l. l. p. 407 sq.

3) L. 5. § 12. D. *h. t.* — Vid. *Voet* ad h. P. t. § 5. — Caeter. cf. L. 16. C. *h. t.*

4) L. 11. D. *h. t.* — L. 22. C. *de adm. tut.* (V, 37.) — L. 7. § 1. D. *de adm. tut.* — L. ult. C. *quando decr. opus non est.* (V, 72.) — Cf. *C. G. Haubold* hist. jur. civ. Rom. de reb. eor., qui sub tut. vel cura sunt sine decr. non alien. vel suppon. Sp. I. Lips. 1798. (in opusc. T. II. p. 159 sqq.). — *Zimmern* R. R. G. § 246. p. 929 sqq. — *Glück* Pand. XXXII. p. 444—480. (§ 1381.).

5) L. 5. § 11. L. 11. D. *h. t.* — L. 6. C. *h. t.* — Cf. *Leyser* sp. 344. med. 6.

6) L. 5. § 14. L. 13. pr. D. *h. t.* — L. 6. in f. C. *eod.* — Cf. *Voet* l. l. § 8. — *Leyser* sp. 344. m. 1. — *Struben* rechtl. Bed. II, 104.

7) L. 12. C. *h. t.* — L. 5. § 9. et 14. D. *eod.* — Cf. L. 5. § 13. D. *eod.*

8) V. c. L. 61. § 1. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — L. 22. pr. C. *h. t.* — Cf. *Westenberg* pr. jur. Dig. h. t. § 14. — *Rudorff* p. 418 sq.

toribus permittitur rerum pupillarium venditio, sed aestimet magistratus, num forte alia ratione res possit expediri, velut rei obligatione [9]; praeterea certus debet in rebus distrahendis ordo observari, scilicet ut eae quidem res, quibus aegrius cariturus sit pupillus, post alias demum vendantur [10]. Quodsi itaque horum aliquid praetermissum vel neglectum sit, nihil valet, quod actum est, hoc pacto, ut is, cujus res alienata est, dominium persequi adversus quemcunque possit, scil. pretio restituto, quod ex ea re ad eum pervenit [11]. Praeterea is, qui rem velit recuperare, formam in distrahendo non esse observatam legibus praescriptam, certis probationibus evincat necesse est [12]. Sunt caeteroquin causae, quae efficiant, ut vel statim ab initio valeat rei pupillaris alienatio, quamvis citra solemnitatum observationem facta [13], vel postea convalescat, idque vel maxime [14] fit aut ratihabitione [15], aut quinquennii praescriptione, praeterquam his in causis, ubi lucrativo titulo facta est alienatio [16].

§ 596. b) *De nominibus vel contrahendis, vel dissolvendis, vel transferendis.*

Tutor, jure quidem antejustinianeo, ex pupillari pecunia praedia comparare et, donec tanta pecunia colligeretur, quanta huic rei sufficeret, summas deponere necesse habuit, non minimas quasque, sed ita hoc quoque officium implendum erat, quemadmodum facere solet homo providus ac diligens [1]. Quodsi nec praedia comparabat, nec pecuniam deponebat, in usuras conveniri poterat pupillares [2]; comminari etiam Praetores solebant, ut, nisi implerent officium tutores, legitimae s. gravissimae, centesimae usurae [3] essent praestandae [4]. Sin aut tam exigua esset pecunia, ut praedium ex ea comparari non posset, aut alia quadam ratione praediorum comparatio impediretur, pecunias tutor, quas quidem invenerit, intra sex menses primos, et si qua soluta sit pecunia, dum administraret tutelam, intra duorum mensum spatium foenori collocare debebat [5]. Quod ni faceret, cum commode facere potuisset [6], usuras refundere consuetas coactus [7], ac praeterea quoque propter neglecti officii rationem in eum animadversum est [8]. At Justinianus, ea motus rationc : nc usurarum cupiditate

9) L. 5. § 9. 10. D. *h. t.* — Cf. L. 7. § 4. D. *eod.*

10) L. 5. § 9. in f. L. 22. C. *de adm. tut.* (V, 37.)

11) L. 5. § 15. D. *h. t.* (*Glück* XXXIII. p. 65. not. 25.). — L. 10. 14. 16. C. *h. t.* — L. 3. C. *si quis ignor. rem. min. essĕ.* (V, 73.) — L. 2. *eod.*

12) L. 5. § 15. D. *h. t.* — L. 2. C. *si quis ignor.* rel. (not. 11.) — Neque contraria est L. 13. § 2. D. *de Publ. in rem act.* (VI, 2.) — Vid. *Weber* Beweislast im Civilprocesse VI. 32. — *Loehr* Magaz. III. XVI. Nr. 9. — *Gluck* XXXIII. p. 56—61. — *Rudorff* p. 429 sq.

13) a) L. 2. C. *quando decreto op. non est.* (V, 72.) — b) L. 1. § 2. D. *h. t.* — L. 1. C. *quando decreto op. non est.* (L. 5. § 9. D. *de adm. tut.*) — c) L. 17. C. *h. t.* — L. 5. in f. L. 6. L. 7. pr. D. *h. t.* — d) L. 1. § 2. L. 3. § 1. D. *h. t.* — e) L. 14. D. *h. t.* — f) L. 5. § 4. D. *h. t.* — g) L. 5. § 6. D. *h. t.* — h) L. ult. § 3. in f. C. *de adm. tut.* (V, 37.) — i) L. 3. pr. D. *h. t.* — k) L. 1. C. *si adv. vendit.* (II, 28.) et ibi auth. *sacr. impuberum.* — Cf. L. 56. pr. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) — L. 10. D. *h. t.*

14) Nam vid. et L. 14. C. *de rei vind.* (III, 32.) — L. 10. D. *h. t.*

15) L. 1. 2. C. *si major factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit.* (V, 74.)

16) L. 1. 2. 3. C. *si quis ignorans rem minoris esse sine decr. comparav.* (V, 73.) — L. 3. C. *si maj. fact.* rel. — Cf. L. 1. Th. C. *de praed. minor. sine decr. non alienand.* (ex edit. *Wenckii* p. 196.). — *Thibaut* Besitz u. Verjährung p. 149 sq. — *Unterholzner* ausführl. Verj. L. II. § 163. — *Gluck* XXXIII. p. 73 — 90. — *Rudorff* p. 435 — 444. (Nr. C.)

§ 596.

1) L. 24. C. *h. t.* (V, 37.) — L. 3. § 2. in f. L. 5. pr. D. *h. t.* (XXVI, 7.).

2) L. 7. § 7. et 10. D. *h. t.* (cf. *Noodt* de foenore et usur. Lib. II. cap. 5.).

3) Vid. supra § 230. not. 6.

4) L. 7. § 7. in f. D. *h. t.*

5) L. 15. D. *h. t.* — L. 7. § 11. *eod.*

6) L. 13. § 1. D. *h. t.*

7) L. 7. § 13. D. *h. t.* — L. 3. C. *de usur. pupillarib.* (V, 56.)

8) L. 49. D. *h. t.*

ipsa sors periclitaretur, liberavit tutores ab obligatione, foenori dandi pecunias, dummodo praeterea baberent minores, unde sustentari possent; quodsi sua sponte foenerari voluerint, id facerent suo periculo, at cum duorum mensium in unoquoque anno laxamento, i. e. usurarum non perceptarum nomine in ampliorem summam conveniri nequibant, quam in decem mensibus uniuscujusque anni percipi potuerint [9]). Jam vero hoc jure utimur, ut pecuniam pupillarem foenori tuto collocare in praecipuis tutorum officiis esse statuamus, in usum etiam adhibitis, quae hanc in rem a juris nostri auctoribus praecipiuntur [10]), quatenus ea contraria non sunt nostris moribus [11]). Quodsi tardiores fuere tutores in exigendis pecuniis usurisque pupillo debitis, ipsi rependant damnum, quod sua dederint negligentia [12]). Praeterea tutor, qui sortem pupillarem vel usuras ex ea redactas in suos ipse convertit usus, centesimas reddere debet usuras [13]). Quemadmodum autem eo, quod suo nomine tutor foenus contraxit, in suum ipsius usum convertisse pecuniam minime videri potest, dummodo usuras, quas percepit, pupillo inferat [14]): sic nec is, qui a contutoribus pupillarem pecuniam palam aperteque mutuam accepit [15]). Caeterum ad collocandam quidem pecuniam auctoritas necessaria non est magistratus [16]); contra vero solvi plerumque non potest tutori, nisi magistratus intercedat decretum [17]). Similiter ut recte nomina pupillaria in alias transferantur personas, opus est decreto [18]); qua in re monendum, ut nulla ratione in ipsum fieri possit tutorem nominum istorum translatio, non magis quam ab extraneo tutori actiones in pupillum mandari conveniat [19]).

TIT. III. DE PLURIUM TUTORUM CONCURSU.

§ 597. I. *De tutorum velut vicariis adjutoribusque* (*).

Dantur interdum pupillis jam habentibus tutores alii, sive tutores sive curatores. Nam in absentis tutoris locum, omninoque ejus, qui ad tempus excusatur, alius substituitur [1]); tum adjungitur ei, qui vel propter late diffusum patrimo-

9) Nov 72. c. 6. 7. 8. et auth. *novissime* C. *h. t.*—Cf. *Marezoll* Archiv f. civ. Praxis IX. Nr. II. — *Hepp* in ephemerid. Tub. III. p. 29 sq.—*Glück* Pand. XXX. p. 315 — 326. — *Rudorff* II. p. 266. not. 27.

10) Vid. supra not. 5 — 7. Cf. et not. 12 — 15. — Cf. *Glück* Pand. XXX. § 1334c. (p. 326. in f. — 330.).

11) Nec moribus nostris convenire videntur, quae de nominibus a tutore factis praecipiuntur, scil. « posse tutorem eam conditionem adolescenti deferre, ut id, quod gessisset tutor in contrahendis nominibus, aut in totum agnosceret, aut a toto recederet ». L. 16. D. *h. t.* — Cf. L. 7. § 7. *eod.* — Caeterum vid. *Gluck* XXX. p. 332—337.

12) L. 7. § 11. L. 15. D. *h. t.*

13) L. 7. § 4. 10. 11. 12. D. *h. t.* — L. 1. C. *de usur. pupillar.* (V, 56.) — Caeterum vid. supra § 230. not. 8.

14) L. 46. § 2. D. *h. t.*—L. 7. § 6. *eod.*

15) L. 54. D. *h. t.*

16) *Gluck* XXX. p. 329. not. 27.

17) Scil. abrog. L. 40. § 5. et 7. D. *h. t.*—L. 14. § 1. D. *de solut.* (XLIV, 3.) per L. 25. C. *h. t.*—Cf. L. 27. *eod.* et § 2. I. *quib. al. lic. vel non.* — *Hoepfner* et *Weber* in Comment. § 419. not. 6.— Dissent. *J. W. Prehn:* Kann ein Schuldner Pupillen - u. Kindergelder mit völliger Sicherheit ohne vorhergegangenes richterl. Decret an den Vormund und Vater zahlen? Rost. 1800.

18) *Auctoris* Cession d. Ford. R. § 41.

19) Cf. § 591. not. 7. — Nov. 72. c. 6. et supra § 578. not. 11.

§ 597.

(*) Cod. (V, 36.) *in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest.* — *Loehr* Magazin III. Nr. 13.— *Schweppe* jurist. Mag. Nr. VIII. — *Glück* Pand. XXIX. p. 125 sqq. (§ 1302—1302b.).—*Rudorff* II. § 53—55.

1) L. 1. C. *h. t.* — § 2. I. *de excus.* — L. 10. D. *de tut. et cur. dat.* (XXVI, 5.) — L. 14. § 5. D. *de solut.* (XLVI, 3.)—§ 5. in f. I. *de cur.*— L. 16. D. *de tut. et cur. dat.*

nium, vel adversam valetudinem, vel senium aetatis par non est administrandis rebus [2]); denique ei, qui aut suspectus postulatus est, aut alioquin non ex fide gerere censetur [3]). Quibus in causis ad universa pupilli negotia dari solet is, qui substituitur vel adjungitur, quamvis sublato impedimento, si quod fuit ad tempus duntaxat, rursus desiit esse tutor [4]). Datur autem nonnunquam ad certas tantummodo causas certaque negotia, velut ad ea, quae inter ipsum peragenda sunt tutorem et pupillum [5]). At non fere tutores apud Romanos subrogari adjungive solebant, sed curatores, scilicet accommodate ad rationem illam : tutorem habenti non esse dandum tutorem [6]). Igitur tutor non dabatur, nisi si negotia expedienda essent ejusmodi, quae nullo modo per extraneas expediri possent personas [7]), nec vero adesset tutoris vicarius adjutorve, qui ea, quae pupillus ageret, moderaretur consilio suaque firmaret auctoritate. Namque eveniebat saepius, ut, qui nequaquam essent rebus administrandis idonei aut facultate aut fide, tamen retinerentur tutores, dummodo auctoritati interponendae sufficerent (not. 2. 3.). Poterant etiam tutores, ut suo sibi periculo singulis in causis certisve causarum generibus constituerentur adjutores, a magistratu impetrare, quibus eadem illis in rebus gerendis esset potestas atque auctoritas, ut ipsis tutoribus; hique, si quidem ad lites peragendas darentur, actores appellati sunt, non confundendi illi quidem cum procuratoribus, quod erat nomen eorum, qui sunt aut ab ipsis pupillis tutoris accedente auctoritate, aut a tutore post litem contestatam dati sunt [8]).

§ 598. II. *De contutoribus.*

Contutores eos voco, qui in unius pupilli simul concurrunt tutela, hoc pacto, ut non vicariam duntaxat atque adjutoriam operam alter praestet alteri. Qui quidem ita nonnunquam constituuntur, ut prorsus nulla inter eos intercedat conjunctionis ratio, adeoque ejusdem pupilli diversae sint *tutelae;* id quod perraro fit, nec aliter nisi amplae sint pupilli facultates, eaeque late diffusae [1]). Plerumque igitur plures dantur ejusdem patrimonii tutores, at diversa saepius ratione, scilicet ut alii gerentes sint, alii non gerentes; cujus quidem separationis faciendae non una potest esse causa [2]). Et qui non gerunt tutelam, honorarii appellantur tutores [3]); qui licet nec administrandi nec auctoritatis interpo-

2) L. 3. 5. C. *h. t.*—L. 13. pr. D. *de tut.* (XXVI, 1.) — L. 10. § 8. D. *de excus.* (XXVII, 1.) — Cf. § 599. not. 11. 12.

3) L. 4. C. *h. t.* — L. 6. 7. C. *de susp. tut.* (V, 43.)—L. 9. D. *de susp. tut.* (XXVI, 10.)—L. 3. § 4. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.)

4) § 1. 2. I. *de Atil. tut.*— Vid. et L. 13. pr. D. *de tut.* verb.: « qui magis administrator rerum quam curator esse intelligitur ». (Cf. Gl. ad h. l.)— L. 10. § 8. D. *de excus.*

5) § 3. I. *de auct. tut.* Nov. 72. c. 2.

6) § 5. I. *de curat.*—L. 27. pr. D. *de test. tut.* (XVI, 2.)—L. 10. D. *de tut. et cur. dat.* (XXVI, 5.)—L. 4. C. *h. t.*—Cf. L. 10. C. *qui dare tut. v. cur. poss.* (V, 34.) et *Cujacii* obs. XVII, 6.

7) L. 19. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.)—L. 17. § 1. D. *de appellat.* (XLIX, 1.)—*Tutor Praetorianus. Ulp.* Fr. XI, 24. (*Zimmern* Röm. R. G. § 234. p. 877.)—Cf. § 592. not. 1.

8) L. 13. § 1. D. *h. t.* — § 6. I. *de cur.* —L. 24. pr. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.)—L. 11. C. *de pro-cur.* (II, 13.) — L. 6. D. *quando ex facto* rel. (XXVI, 9.) — Cf. *Theophilus* ad § 6. I. de cur.—*Ulr. Huber* Digr. Justin. P. II. Lib. I. c. 27. § 1. 3.

§ 598.

1) L. 15. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.)—L. 27. pr. D. *de tut. dat.* (XXVI, 5.)—L. 21. § 2. D. *de excus.* (XXVII, 1.)

2) L. 3. § 6. D. *de adm. tut.* XXVI, 7. (« — sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit, ne per multos tutela spargatur »).—L. 14. § 1. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — § 1. I. *de satisd. tut. et cur.*—L. 3. § 7. 8. D. *de adm. tut.*—§ 3. *eod.*

3) L. 3. § 2. D. *de adm. tut.* — Vocantur etiam *honoris causa tutores dati*, velut L. 60. § 2. D. *de R. N.* (XXIII, 2.) — L. 26. § 1. D. *de test. tut.* — L. 14. § 1. D. *de solut.* — Cf. *Loehr* Archiv

nendae jus habeant [4]), tamen et solutionem recte plerumque accipiunt [5]), et observatores ac velut custodes esse debent gerentium tutorum [6]). Ab iisque etiam differunt notitiae causa dati tutores, qui quidem certis in causis gerentium numero habentur (§ seq. not. 10.), caeteroquin officii ratione persimiles honorariis [7]).

§ 599. III. *Juris ratio nexusque inter plures intercedens tutores gerentes.*

Contutorum vel indivisa sunt officia vel divisa. I) Si divisium non est officium, licet quivis etiam solus recte agat [1]), tamen periculum commune est omnium [2]). Jam vero ex eo, quod communiter vel gestum vel neglectum est, in solidum conveniri possunt contutores, praeterquam quod, quid conveniuntur, recte petunt, ut actio aut dividatur aut pro rata aliorum parte sibi cedatur. At cum solus alter gessit, praeterea alter et beneficium habet, quod *ordinis* vocant [3]), et post fidejussores demum magistratusve conveniendus est, scilicet si non ob hoc conveniatur, quod vel suspectum facere, vel cautionem exigere supersederit [4]). Nec omnino illis uti possunt exceptionibus contutores, qui dolum ipsi admiserunt, quo nocitum est pupillo [5]). Quodsi II) divisa sunt officia tutorum, in ea quidem re, quae ad alterum pertinet, nihil quicquam recte agit alter [6]). At nihilominus periculum potest ad omnes quodammodo pertinere, siquidem, nisi plane sint diversae tutelae species (§ 598. not. 1.), alter observare alterum necesse habet ac suspectum eum facere. Quod si facere neglexerit, tum similiter ipse conveniendus erit, atque si pro indiviso munus utrique injunctum fuerit [7]). Oportet autem vel magistratum vel patrem administrationis ordinasse divisionem [8]). Nam

für civ. Pr. XII. p. 3 sqq. (nr. 2.) et *Gluck* XXIX. p. 178 sqq.

4) L. 4. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.)—Cui contraria non est L. 49. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) (« Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait. »); quippe de eo accipienda tutore, qui, cum gerere possit, tamen sese non immiscuit administrationi. —Dissent. post alios *Loehr* üb. die röm. Begr. von Tutel u. Curatel § 7. (Magaz. III. p. 29 sq.) et Archiv f. civ. Pr. XII. p. 5. — Cf. et *Cujaç.* ad African. Tr. IV. (opp. prior. ed. *Fabr.* T. I. p. 1355.).—*Noodt* ad Pand. tit. de auct. tut. § *sed apparet.*—*Pothier* Pand. Justin. Tit. de auct. tut. nr. V. not. b. c. — *Glück* l. l. p. 184—191.—*Rudorff* II. p. 302 sqq. (Nr. B.)

5) L. 14. § 1. D. *de solut.*

6) L. 3. § 2. D. *de adm. tut.*— L. 60. § 2. D. *de R. N.* (XXIII, 2.)

7) L. 14. § 1. et 6. D. *de solut.* — L. 1. C. *de peric. tut. et cur.* (V, 38.) — *Glück* l. l. p. 191—196. (nr. 3.).

§ 599.

1) L. 24. § 1. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) — L. ult. C. *de auct. praest.* (V, 59.) — *de Loehr* Archiv f. civ. Pr. XII. p. 13 sqq. (nr. 5.).— *Gluck* XXX. p. 357 sqq.

2) L. 38. § 20. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 39. § 11. in f. L. 55. pr. et § 3. D. *de adm. tut.*

3) L. 1. § 15. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.)— L. 46. § 6. D. *de adm. tut.* — L. 2. C. *si tut. vel cur. non gesserit.* (V, 55.) — L. 1. in f. C. *si tut. vel cur. reipubl. causa aberit.* (V, 64.) — L. 3. C. *de div. tut.* (V, 52.) — *Glück* XXX. p. 387 sqq. (§ 1336 *b.*).

4) Cf. inter se hi loci : L. 38. L. 39. § 3. L. 46. § 6. L. 55. § 3. D. *de adm. tut.*—L. 1. § 11. 12. 13. § 15. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — L. 2. pr. C. *de div. tut. et pro qua parte quisq. tut. conveniatur.* (V, 52.) (§ 601. not. 6. g.). — Cf. *Cujacius* ad Papin. Qu. Lib. II. (opp. poster. T. I. P. I. p. 33 sqq.). — De actionibus adversus contutores *concuratoresve* vel mandandis vel utiliter exercendis vid. etiam L. 1. § 18. D. *de tut. et rat. distr.* — L. 25. D. *de adm. tut.* — L. 20. in f. L. 21. D. *de tut. et rat. distr.*—L. 76. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 1. 2. C. *de contr. jud. tut.* (V, 58.) — Cf. *Auctoris* Cession § 39. nr. III. p. 445 sqq.) et § 44. p. 474 sq. nr. 8. (ed. 3.).—Vid. et *Lindelof* in Arch. f. civ. Pr. VII. nr. 6.

5) L. 1. § 14. D. *de tut. et rat. distr.* — Cf. *Loehr* Archiv f. civ. Praxis XII. p. 20.

6) L. 51. D. *de adm. tut.* — L. 1. § 2. in f. D. *quod falso tut. auct.* (XXVII, 6.) — L. 36. D. *de adm. tut.* — L. 100. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

7) L. 19. L. 41. D. *de adm. tut.* — L. 2. § *in divisionem* C. *de div. tut.* (V, 52.) — Dissent. *de Loehr* (Arch. f. civ. Pr. XII. p. 15 sqq. (nr. 6.) , maxime provocans ad L. 51. D. *de adm. tut.*, tum vero ad L. 2. C. *si ex plurib. tutorib. vel curatorib.* (V, 40.) (L. 1. Th. C. *de edit. rescr.* II, 4.). Sed. vid. context. ad not. 5. — Cf. et *Glück* XXX. p. 409—419.

8) L. 2. C. *de div. tut.* — L. 3. § 3. D. *de adm. tut.* — L. 5. § 8. *eod.* — Caeter. cf. L. 55. pr. D. *de adm. tut.*

si ipsi inter se diviserunt administrationem, etiam praeter observandi accusandique officium alius pro alio obligatur [9]). — Quemadmodum autem eorum, qui notitiae causa dantur, simile est cum reliquis, qui quidem gerunt tutelam, administrationis officium periculumque, utique in iis, quae ad munus illorum pertinent [10]): sic etiam tutores, quibus propter rerum augmentum adjungitur curator, ex hujus ipsius gestione ita tenentur, tamquam si indivisum omnibus delatum esset munus [11]). Ipse vero, qui ad augmentum datur, propter pristina bona non tenetur, nisi suspectum facere priorem tutorem vel satis ab eo exigere neglexerit [12]).

TIT. IV. DE OBLIGATIONIBUS ET ACTIONIBUS EX TUTELAE ADMINISTRATIONE ORIUNDIS.

§ 600. I. *De obligatione, quae inter ipsum intercedit tutorem et pupillum* (*).

Est inter pupillum ac tutorem quasi ex contractu obligatio, cum directam tum contrariam tutelae efficiens actionem [1]), atque ex eo inde tempore repetenda, quo primum ad tutorem periculum coepit spectare tutelae [2]). Et directa quidem tutelae actio pupillo datur heredibusve ejus adversus tutorem hujusve heredes, ea quidem potestate, ut rationes reddantur tutelae, reliqua restituantur, usurae praestentur pupillaris, denique damnum, quod culpa sua dedit tutor, resarciatur [3]). Atque ut securior sit res pupillaris apud tutorem, non modo personali tutelae privilegio prospectum est pupillo [4]), verum etiam pignoris jus in tutoris bonis ei tribuerunt leges [5]). Contraria autem tutelae actio comparata est tutori ejusve heredibus adversus pupillum tum heredes ejus, ut damnum tutelae nomine susceptum ei praestetur [6]), nec non salarium, si quod est rite constitutum, solvatur [7]). Utrumque autem tutelae judicium utiliter etiam datur cum eorum nomine, quae a curatoribus gesta sunt [8]), tum vero propter ea, quae quis posthumo tutor datus, non tamen nato posthumo, hujus ipsius causa negotia gessit administravitque [9]). Est praeterea alia etiam pupillis, iisve, qui sub cura sunt, actio constituta, quae rationibus distrahendis dicitur [10]), eaque ad duplum consequendum ejus, quod dolo malo e bonis pupillaribus abstulit tutor, pupillo ejusve

9) L. 2. in f. C. *de div. tut.*
10) L. 32. § 1. D. *de test. tut.*
11) L. 9. § 9. D. *de adm. tut.*
12) L. 9. § 8. L. 39. § 8. D. *eod.*

§ 600.

(*) Dig. (XXVII, 3.) *de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione.* — (XXVII. 4.) *de contraria tutelae et utili actione.* — Cod. (V, 51.) *arbitrium tutelae.* — (V, 58.) *de contrario judicio tutelae.* — *Rudorff* I. I. T. III. § 154—155.

1) § 2. I. *de obl., quae quasi ex contr. nasc.*

2) L. 5. § 10. D. *de adm. tut.* — L. 58. § 2. D. *eod.* — L. 1. C. *de test. tut.* (V, 28.) — L. 2. C. *de confirm. tut.* (V, 29.) (cf. supra § 586. not. 4—6.). — L. 11. C. *h. t.* (V, 51.).

3) L. 1. pr. § 3. § 15. 16. D. *h. t.* (XXVII, 3.) — L. 9. 10. 12. C. *h. t.* (V, 51.). — L. 4. pr. L. 9. § 4. D. *eod.* — Caeter. vid. *Lauterbach* coll. th. pr. h. t. § 19. — L. 1. C. *de hered. tut.* (V, 54.) — De usuris praestandis deque hujus obligationis ratione vid. supra § 590.

4) Vid. § 173. not. 13. et L. ult. D. *h. t.* (XXVII, 3.).

5) L. 20. C. *de adm. tut.* (V, 37.) — Cf. L. 6. C. *in quib. c. pign. tac. contr.* (VIII, 15.) — Nov. 22. c. 40. — *Meissner* vom stillschw. Pfandr. § 116.

6) L. 1. pr. § 2. et 3. L. 3. § 9. D. *h. t.* — L. 3. pr. § 1. 4. 5. 8. L. 5. L. 6. D. *eod.* — L. 3. § 7. *eod.* — L. 1. § 4. L. 3. § 2. *eod.*

7) L. 33. § 3. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.)

8) Vid. posterior. part. rubr. *h. t.* (XXVII, 3.) et L. 20. pr. in f. *eod.* — L. 1. § 3. in f. D. *h. t.* (XXVII, 4.) et cf. L. 2. et L. 14. C. *de adm. tut.* (V, 37.)

9) L. 24. D. *h. t.* (XXVI, 3.).

10) *Brisson* de V. S. v. *distrahere* § 5. — *Utr. Huber* Praelect. ad Pand. XXVII, 3. § 4. — *Corn. v. Bynkershoek* obs. jur. rom. VI, 8. — *Glück* XXXII. p. 207 sqq. (§ 1365 *a.*) et p. 321 sqq. (§ 1365 c.).

heredibus competit [11]). Atque in tutoris heredes, quoniam poenalis est, non datur haec actio [12]).

§ 601. *Quatenus adversus eos, qui tutores non sunt, detur tutelae actio* (*).

Tutelae obligatio, praeterquam ad tutores, potest etiam ad alios pertinere, velut ad heredes, fidejussores, nominatores, magistratus. Heredes itaque conveniuntur tum propter latam defuncti tutoris culpam, tum propter ea, quae post tutoris mortem vel male gesserunt, vel contra ipsorum officium omiserunt [1]). Post hos deinceps conveniendi sunt et fidejussores tutorum [2]), quibus etiam adnumerandi sunt adfirmatores [3]), nominatores [4]) et postulatores [5]), et postremo demum loco magistratus, qui quidem negligentes in officio suo administrando versati sunt [6]), scilicet prius etiam excussis, qui res teneant ad tutorem quondam pertinentes [7]). Caeterum si in patria est potestate tutor, etiam pater ejus conveniri potest; idque in solidum, si agnovit filii tutelam, sin minus, in id duntaxat, quod in peculio est filii [8]).

§ 602. II. *De obligationibus, quae cum extraneo intercedant pupillis minoribusque.* 1) *Quatenus ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possint* (*).

Tutor negotium aliquod ut suum gerens plerumque nec jus nec obligationem creat pupillo, certe quod ad extraneos attinet [1]). Quodsi tamquam tutor rem gessit, idque I) non adhibito pupillo, similis est obligationum et actionum inde oriundarum vis ratioque, atque est in alio quovis, cujus per extraneas personas geruntur negotia [2]). At jam Romanorum jure hac in re quaedam invaluerunt velut

11) L. 2. pr. D. *h. t.* (XXVII, 3.) — L. 1. § 19. 20. 24. *eod.* (Vid. *Brissnn.* de V. S. v. *distrahere* § 5. — *Ulr. Huber* Prael. ad Pand. XXVII, 3. § 4.) — L. 1. § 21. *eod.* — L. 2. § 1. *eod.* (cf. § 140. not. 10. et 13.). — L. 55. § 1. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.)

12) L. 1. § 23. D. *h. t.* (XXVII, 3.).

§ 601.

(*) Dig. (XXVII, 7.) *de fidejussorib. et nominatorib. et heredib. tut. et curat.* — (XXVII, 8.) *de magistratib. conveniend.* — Cod. (V, 37.) *de fidejussorib. tut. vel cur.* — (V, 75.) *de magistr. conven.*

1) L. 1. L. 4. pr. § 1. 2. L. 8. D. *h. t.* (XXVII, 7.). — L. 4. D. *h. t.* (XXVII, 8.) — Cf. supra § 590. not. 9. 10. — *Glück* XXXII. p. 368 sqq. (§ 1375.)

2) L. 5. 6. D. *h. t.* (XXVII, 7.). — L. 1. C. *eod.* (V, 57.) — Nov. 4. c. 1. — L. 3. D. *eod.* — L. ult. D. *rem pup. v. adolesc. salv. fore.* (XLVI, 6.) Cujus praecepti exceptionem continet L. 7. D. *h. t.* — Cf. *Cujacius* ad Papiniani Lib. XII. Qu. (opp. post. T. I. P. I. p. 329 sqq.). — L. 4. § 3. D. *h. t.* (XXVII, 7.). — Cf. not. seq.

3) L. 4. § 3. D. *h. t.* (XXVII, 7.)

4) L. 4. C. *h. t.* (V, 75.). Cf. supra § 580. not. 13. Caeterum non est praetermittendum, nonnunquam nominatores et ipsos appellari magistratus, municipales illos quidem (L. 5. C. *h. t.* V, 75.), scilicet propter officium ipsorum cujus mentio fit L. 1. § 5. et 10. D. *h. t.* (XXVII, 8.) aliisque in locis. — Cf. not. 6. nr. c. — Vid. et supra § 199. not. 5. et L. 2. § 6. D. *qui pet. tut.* (XXVI, 6.), nec non L. 1. et 3. C. *si mater indemnitatem promisit.* (V, 46.)

5) L. 2. D. *h. t.* (XXVII, 7.)

6) § 2. I. *de satisdat. tut.* — L. 5. C. *h. t.* (V, 75.) — L. 8. D. *h. t.* (XXVII, 8.). — a) § 4. I. *de satisd. tut.* [abrogata per O. P. I. de 1577. T. XXXII. § 3.] — Cf. § 586. not. 8. — b) L. ult. D. *h. t.* (XXVII, 8.). — c) L. 4. et 6. D. *h. t.* (XXVII, 8.). — L. 2. C. *eod.* — d) L. 1. pr. D. *eod.* — e) L. 1. § 5. D. *eod.* — f) L. 1. § 9. D. *eod.* — L. 3. C. *eod.* — g) L. 2. et 3. D. *eod.* (*Glück* XXXII. p. 425 sqq. § 1378 *a.*). — h) L. 5. D. *eod.* — L. 1. C. *eod.* (cf. § 599. not. 4.) — *G. C. Gebaueri* D. de actione tutelae adversos magistratus (exercit. acad. Vol. I. Nr. 8.). — *Glück* l. l. p. 436 sqq. (§ 1380.). — *Rudorff* III. § 156.

7) L. 1. C. *h. t.* (V, 75.). — Nov. 4. c. 2.

8) L. 7. D. *de tutel.* (XXVI, 1.) — Caeterum ab *Ulpiano* dissentit *Marcellus* L. 21. D. *de adm. tut.* De quibus conciliandis locis frustra laborant interpretes Vid. v. c. Gloss. ad L. 21. cit. — De eo autem, qui patris voluntate magistratum administravit, vid. L. 1. § ult. D. *h. t.* (XXVII, 8.).

§ 602.

(*) Dig. (XXVI, 9.). Cod. (V, 39.) *quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possint.*

1) L. 4. C. *si tut. v. cur. interv.* (II, 25.) — Caeterum vid. a) L. 2. D. *h. t.* — b) L. 3. D. *h. t.* (cf. not. 11.).

2) L. ult. C. *h. t.* — Cf. supra § 131. nr. 4.

temperamenta. Nam 1) utiles habet pupillus actiones per tutorem quaesitas, adeo ut opus non sit cessione [3]). Nec 2) contra tutorem, qui quidem officii sui fines egressus non est [4]), supra patrimonii pupillaris vires actio datur, scilicet manente tutela [5]); etenim post depositum officium in ipsum pupillum danda est actio [6]), dummodo non ipse se certa ratione obligavit tutor, velut novationem post depositam tutelam faciendo, vel mutuam pecuniam suo nomine pro pupillo accipiendo, vel tamquam fidejussor pupillari obligatione intercedendo [7]). Quid? quod 3) *constitui* per tutores curatoresve recte potest, hoc pacto, ut pupillis, omninoque iis, qui sub cura sunt, solvatur; quo quidem facto utilis his quaeritur personis actio [8]). II) Sin vero adhibita pupilli persona contracta sit obligatio, directis ipse aut agit aut convenitur pupillus actionibus [9]). Dolus autem tutoris pupillo nec prodest, nec nocet [10]). Quemadmodum igitur actio datur adversus pupillum in id, quanto locupletior factus est tutoris dolo [11]): sic agenti obstat pupillo doli exceptio [12]). Contra vero non solum si extra pupilli rationes dolo aliquid tutor commiserit, ipse poenam dabit [13]), sed etiam in ipsa rerum pupillarium administratione, si quod damnum extraneo tutoris facto illito datum est, id non ad pupilli calamitatem, verum ad extranei detrimentum referri debet, sic tamen, ut huic mandentur a pupillo, si quas habet adversus tutorem actiones [14]).

§ 603. 2) *De minorum in integrum restitutione* (*). a) *Ejus et causae et conditiones necessariae.*

Quoniam necesse non est, rescindi ea, quae jam sua sponte non valent, sequitur, ut adversus ea, quae a minoribus gesta sunt, non adhibita tutorum curatorumve auctoritate, quatenus omnino ea necessaria sit (not. 1. in f.), nec observata forma, si qua est legibus praescripta, minime opus sit in integrum restitutione [1]). Caeteroquin latissime patet hocce minorum beneficium. Nam, ubi non deliquit minor [2]), nec poenas persequi velit [3]), adversus quodvis damnum incommodumve plerumque [4]) ei succurritur, sive factum aliquid sit gestumve, aut ab ipso, aut cum eo, sive omittendo damnum fuerit datum [5]), adversus

3) L. 9. pr. *de adm. tut.* — L. 6. D. *h. t.*—L. 2. 4. C. *eod.* (cf. *Auctoris* Cession § 14. Nr. I. p. 136. ed. 3.).

4) L. 43. § 1. D. *de adm. tut.*—Vid. *Glück* Pand. XXX. p. 196 sqq. not. 94.

5) L. 1. § 2. D. *de adm. tut.*—L. 28. pr. C. *eod.* (V, 37.)—Cf. not. seq.

6) Cf. L. 43. pr. D. *de adm. tut.*—L. 5. 7. 8. D. *h. t.*—L. 1. et 8. C. *h. t.*— L. 15. C. *de adm. tut.* —L. 26. *eod.*

7) L. 5. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. 15. C. *de adm. tut.*

8) L. 5. § 7—9. D. *de pec. const.* (XIII, 5.)

9) Arg. L. 9. pr. D. *de adm. tut.* — L. 2. 3. L. 4. pr. D. *rem. pup. v. adolesc. salv. fore.* (XLVI, 6.)

10) L. 3. pr. D. *h. t.*

11) L. 15. pr. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)—L. 13. § 7. D. *de a. e. v.* (XIX, 1.)—L. 3. D. *h. t.*

12) L. 4. § 23. D. *de doli mali exc.*

13) L. 4. D. *h. t.* (*Noodt* comment. ad h. t. § *At quemadmodum.*)—L. un. § 2. D. *si quis jus dic. non obtemperaverit.* (II, 3.) — L. 4. D. *de tabul. exhib.* (XLIII, 5.)

14) Qua de re dissensio videtur fuisse inter juris nostri auctores. Conferantur inter se hi loci: L. 1. et 3. D. *h. t.*—L. ult. D. *de adm. tut.*—L. 3. § 1 D. *de trib. act.* (XIV, 4.)—L. 198. D. *de reg. jur.* —*Cujacii* obs. XXV, 30.—*Merillii* variant. ex *Cujac.* I, 34.—*Noodt* comment. ad h. t. § *At quemadmodum* et § *Alio tamen.*—*Glück* Pand. XXXI. p. 27—33. (nr. 6.).

§ 603.

(*) Dig. (IV, 4.) *de minoribus viginti quinque annis.* — Cod. (II, 22.) *de in int. rest. minor.* — *Burchardi* die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. § 13 sqq. — Cf. et supra § 574.

1) L. 16. pr. D. *h. t.*—L. 2. C. *eod.* — Cf. supra § 591. not. 5.

2) L. 9. pr. D. *de jur. et facti ignor.* (XXII, 6.) — L. 9. § 2. et 5. L. 37. § 1. in med. — L. 44. D. *h. t.*—Tit. Cod. *si adversus delictum.* (II, 35.) — *Schulting* enarr. part. I. Dig. h. t. § 9.

3) L. 37. pr. D. *h. t.*

4) Vid. context. nr. 1. et 2.

5) L. 1. pr. L. 44. D. *h. t.* — Tit. Cod. *si tutor vel curator intervenerit.* (II, 25.)—L. 5. et 8. C.

fiscum quoque [6]). At 1) nonnullis in causis impeditur restitutio, his quidem, quibus certam quandam ac stabilem vim atque auctoritatem juris nostri auctores inesse voluerunt, quo in genere sunt: a) longissimi temporis praescriptio [7]), b) servi manumissio [8]), c) hereditas a minore repudiata eaque a bonae fidei possessore finitis negotiis distracta [9]), d) propter nuptias donatio in uxorem a marito minore collata [10]), e) solutio tutori curatorive ex magistratus decreto facta [11]), f) promissio de non impugnanda alienatione, eaque jurejurando firmata [12]), g) nuptiarum conjunctio [13]). Praeterea 2) adversus minorem non restituitur minor, nisi quatenus locupletior ille cum alterius damno inveniatur [14]). Neque 3) eorum nomine locum habet in integrum restitutio, quae vel a majore, in cujus locum successit minor, vel a minore alius mandatu gesta sunt, praeterquam quatenus ad ipsum aliquod inde redundet damnum [15]). Denique 4) quemadmodum aliae quoque restitutionum conditiones necessariae ad minorum restitutionem referendae sunt [16]): sic plerumque ne minor quidem restituitur, si ordinarium ei adsit remedium, idque tale, quo aeque ei succurratur [17]).

§ 604. b) *Quibus competat proficiatque minorum beneficium, quanam potestate, tum quomodo exstinguatur.*

I) Non ipsi solum restituuntur, quorum causa introductum est hocce subsidium, sed hi quoque, qui in locum eorum successerunt [1]). Quin etiam fidejussoribus minorum erit succurrendum, nisi si ipsius aetatis, vel diserte vel tacite, in se receperint periculum [2]). II) Nec tamen majori viginti quinque annis, cui

h. t.—L. 11. § 3. D. *h. t.* (« Sciendum est autem, non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capti esse proponantur.»)—L. 9. § 4. D. *de jurejur.* (XII, 2.)— L. 24. § 1. D. *h. t.* — Singularum causarum exempla sunt a) L. 3. § 6. D. *h. t.* (cf. § 574. not. 6.).—b) L. 11. § 2. D. *h. t.* — c) L. 41. D. *de recept.* (IV, 8.)—d) L. 35. D. *h. t.*—e) L. 7. § 5. 9. L. 24. § 2. L. 31. D. *h. t.*— L. 1. 2. C. *si ut omissam heredit. vel bonor. poss. acquir.* (II, 40.) (cf. L. 3. § 6 — 9. D. *h. t.*). — f) L. 7. § 4. 11. 12. L. 18. § 2. L. 36. D. *h. t.*—L. 9. § 4. D. *de jurejur.* (XII, 2.) Tit. Cod. *si adv. rem judic.* (II, 27.)—g) Supra § 96. not. 14. — h) L. 2. C. *si adv. delict.* (II, 35.)

6) Tit. Cod. *si adv. fisc.* (II, 37.) (cf. § 160. not. 13.).

7) L. 5. C. *in quib. causis in int. rest. necessaria non est.* (II, 41.) (cf. § 268. not. 19.).

8) Tit. Cod. *si adv. libert.* (II, 31.)

9) L. 24. § 2. D. *h. t.*

10) L. 1. C. *si adv. don.* (II, 30.)

11) L. 25. C. *de admin. tut.* (V, 37.)

12) Auth. *sacram puberum* C. *si adv. vendit.* (II, 28.)

13) c. 9. X. *de despons. imp.* (IV, 2.)

14) L. 11. § 6. L. 34. pr. D. *h. t.*

15) a) L. 38. pr. D. *h. t.*—Cf. *G. Mascovii* prol. ad L. 38. D. de min. Lips. 1754. — *Auctoris* Cession § 58. p. 576. (ed. 3.)— L. 23. D. *h. t.* — Cf. L. 24. pr. *eod.*

16) a) § 159. nr. 1. not. 1. — b) § 159. not. 2. — L. 7. § 8. D. *h. t.* — c) § 160. not. 13. (cf. supra not. 5. a.).

17) L. 16. pr. 1. et 3. D. *h. t.* — Cf. § 159. not. 5. — Caeter. observand. a) In iis causis, quae quidem ipso jure valeant, licet personali adversus tutores curatoresve actione suum consequi possint minores, tamen in integrum restitutionem plerumque dari, L. 3. C. *si tut. v. cur. interv.* (II, 25.)—(Vid. tamen L. 13. in f. C. *de jud.* III, 1.) — *A. F. Frickii* (resp. *H. Z. Spannuth*) D. de except. curatoris nondum excussi restitutionem in int. a minorib. adult. petitam haud remorante. Helmst. 1796. — *Burchardi* l. l. § 9. p. 101 sqq. (Nr. B.)—Praeterea b) cum restitutionibus concurrere condictiones, hae quidem, quae similiter descendant ex aequitate, ut indebiti condictio. Unde explicandus est locus difficillimus *Ulpiani* L. 16. § 2. D. *h. t.* « Pomponius—refert— ; cum quidam heres rogatus esset, fratris filiae plures res dare ea conditione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi, et haec, defuncto herede, heredi ejus cavisset, se restituturam: Aristonem putasse in integrum restituendam. Sed et illud Pomponius adjicit, quod potuit incerti condici haec causa etiam a majore: *non enim ipso jure, sed per condictionem munitus est*» [*al.* munita est]. Cf. Basilic. T. I. p. 623. — Vid. *Burchardi* § 9. p. 102 sqq. (Nr. D.); sed et A. L. Z. anni 1835. Nr. 67. col. 534.

§ 604.

1) L. 18. § 5. D. *h. t.* — L. 6. D. *de in int. rest.* (IV, 1.)—L. 24. pr. D. *h. t.*

2) Cf. inter se L. 51. D. *de proc.* (III, 3.)—L. 7. § 1. D. *de except.* (XLIV, 1.) — L. 95. § 3. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 13. D. *h. t.* — L. 1. et 2. C. *de fidejussorib. min.* (II, 24.)—Cf. § 160. not. 7. — *Hoepfneri* D. ibi laud. § 7 sqq. et *Weber* nat. er bindl. § 113. p. 486 sqq. (ad. IV.).

communis est causa cum minore, socii beneficium quidquam prodest [3]), praeterquam si individua est causa, propter quam in integrum restitutio impertitur [4]). III) Licet vero et minorum in integrum restitutio, quatenus quidem agendo jus suum prosequatur laesus, per se quidem in personam sit remedium, tamen certis ex causis etiam in rem dari solet [5]). IV) Atque hoc etiam magis favetur minorum causae, quam aliorum, qui in integrum restitui petunt, quod plerumque non amplius reddere adversario necesse habet minor, quam quatenus locupletior ex ea re factus est [6]). V) Tollitur autem in integrum restitutionis jus tum eo, quod major factus ratihabuerit, quae minore aetate gesta sunt [7]), tum vero quadriennii praescriptione, scilicet ex eo inde tempore computanda, quo aut vicesimum quintum annum compleverit minor, aut veniam aetatis impetraverit [8]), utique si non heredes ejus ex defuncti persona in integrum restitui velint [9]). — Caeterum aliis quoque, qui in minorum numero non sunt, idem in integrum restitutionis beneficium, vel legum vel forensis usus auctoritate, conceditur, velut iis, qui praeter minores curae subjiciuntur perpetuae [10]), tum etiam reipublicae, civitatibus, piis corporibus, aliisque universitatibus [11]).

TIT. V. DE EO, QUI PRO TUTORE NEGOTIA GERIT.

§ 605. I. *De obligatione et actione, quae inter gerentium et minorum personas intercedat* (*).

Pro tutore negotia gerit, qui, cum aut non sit tutor, sive id sciat, sive se putet tutorem, sive desiit esse tutor aut tutorem se esse ignoret, tamen munere fungitur tutoris [1]). Jam vero si is est, pro quo negotia geruntur, cujus aetas recipit tutorem vel curatorem, utrimque nascitur protutelae actio [2]), tam directa quam contraria [3]). Quae cum in aliis est tutelae actioni simillima [4]), tum vero eo, quod, qui pro tutore negotia gerit, eandem praestare fidem et diligentiam necesse habet, quam tutor praestat [5]), scilicet si aut perperam gessit, aut ea, quae ab ipso inchoata sunt, non perfecit [6]). Quodsi rem vendidit pupilli vel minoris, is eam petet a possessore, doli s. rei venditae et traditae exceptione

3) L. un. C. *si in comm. eademque causa in int. rest. postuletur.* (II. 26.)
4) Arg. L. 10. pr. *quaemadm. servitutes amitt.* (VIII, 6.) — *J. P. C. Blauel* D. de rest. in int. minor. ex causa individua majoribus proficua. Goett. 1779.
5) Vid. L. 13. § 1. L. 14. D. *h. t.* — L. 9. pr. *eod.* — Cf. L. 14. *eod.*
6) L. 32. § 4. D. *de adm. tut.* (XXVI, 7.) — L. 27. § 1. L. 47. in f. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 39. § 1. *eod.*
7) Tit. Cod. *si maj. factus rat. habuerit.* (II, 46.)
8) L. 5. pr. L. ult. C. *de temp. in int. rest.* (II, 53.) — Cf. L. 3. § 3. D. *h. t.* (§ 87. not. 2.)
9) L. 5. § 1—3. C. *de temp. in int. rest.*
10) Arg. L. 3. C. *h. t.*
11) L. 1. C. *de offic. ej., qui vicem alicuj. jud.* rel. (I, 54.) — L. 4. C. *quib. ex caus. maj.* rel. (II, 54.) — L. 3. C. *de jure reipubl.* (XI, 29.) — c. 1. 2. 3. X. *de in int. rest.* (I, 41.) — c. 1. 2. in 6. *eod.* — Clem. un. *eod.* (I, 6.) — Cf. *Glück* Pand. VI. § 465. et *Burchardi* l. l. § 16.

§ 605.

(*) Dig. (XXVII, 5.) et Cod. (V, 45.) *de eo, qui pro tutore prove curatore negotia gessit.* — *J. Voet* in comment. ad h. Pand. tit. — Cf. *Neustetel* in Archiv f. civ. Praxis I. Nr. 18.
1) L. 1. pr. § 1. L. 3. D. *h. t.* (XXVII, 5.). — L. 1. § 4. *eod.* — L. 1. C. *eod.* — L. 39. § 9. D. *de adm. tut.* — L. 1. § 7. D. *h. t.*
2) L. 1. pr. et § 6. D. *h. t.* — L. 1. § 5. *eod.* « Sed etsi prius pro tutore administraverit, deinde *quasi tutor*, aeque tenebitur ex eo, quod pro tutore administraverit, quamvis devolvatur hic gestus in tutelae actionem. » — Cf. L. 3. *eod.* et *Brisson.* de V. S. v. *quasi* § 4.
3) L. ult. D. *h. t.* — L. 1. § 1. D. *de contrar. tut. act.* (XXVII, 4.)
4) L. 1. § 8. D. *h. t.*
5) L. 4. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 53. § 3. D. *de furtis.* (XLVII, 2.) — Cf. *Zimmern* Archiv f. civ. Praxis I. Nr. 19. — *Glück* Pand. XXXII. p. 315 sq. — *Rudorff* III. p. 76.
6) L. 1. § 9. D. *h. t.*

nullo modo ei obstatura [7]). Nec debitores solvendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberantur, nisi aut ab ipso facta sunt nomina, aut in rem pupilli pecunia pervenit [8]). Caeterum nulla est dubitatio, quin et ante pubertatem cum eo, qui pro tutotre negotia gessit, agi possit [9]).

§ 606. II. *De extranei obligatione* (*).

At extraneus, qui cum tali velut tutore contraxit, nullum fere adversus pupillum consequetur jus [1]), nisi magistratus: se, quod illo auctore gestum sit, ratum esse habiturum decrevit [2]). Contra vero ipse obligatur pupillo [3]). Quam iniquitatem corrigens Praetor, cum in integrum restitutionem ei dat, qui ignorans contraxit cum falso tutore [4]), tum vero etiam peculiare judicium adversus illum introduxit, qui, cum tutor non esset, dolo malo se dixit tutorem, ut, quanti ea res fuerit, tanta pecunia condemnetur [5]). De eo vero, num haec ad eos quoque pertinent, qui pro curatore gesserint, merito dubitatur [6]).

SECTIO II. DE RELIQUIS CURARUM SPECIEBUS.

§ 607. I. *De personarum curis* (*).

In curarum speciebus, quae quidem personis, praeterquam minoribus, dantur (§ 576.), vel maxime eminet cura furiosi sive dementis, tum etiam prodigi (§ 181.). Et I) furiosi quidem cura aut testamento, aut lege, aut magistratus auctoritate defertur, sic tamen, ut semper a magistratu confirmandus sit curator [1]). Eaque ipso jure desinit, simul atque resipuerit furiosus [2]). Debet autem curator non modo patrimonium, sed et corpus ac salutem tueri furiosi [3]). Quoniam vero infanti comparatur furiosus (§ 91. not 1.), sequitur, ut summo quidem jure expediri plane nequeant negotia ejusmodi, quorum non potest curatio extraneis committi personis; a quo quidem juris rigore item sunt quaedam relaxata, ea scilicet, in quibus non sine maximo furiosorum incommodo vetus ratio retineri posse videretur [4]). Ac II) prodigo a magistratu bonis interdicendum,

7) L. 2. D. *h. t.* — L. 8. pr. D. *de reb. eor., qui sub tutela vel cura sunt.* (XXVII, 9.) — L. 4. § 24. D. *de doli mali exc.* (XLIV, 4.)— Cf. *Unterholzner* ausf. Verj. Lehre I. p. 152 sq. — *Glück* XXXII. p. 319. in f. — 323. — *Rudorff* II. p. 385 sq. (Nr. 1.) et not. 7.

8) L. 28. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 88. *eod.* (*Glück* l. l. p. 325—334.)

9) L. 1. § 3. D. *h. t.*

§ 606.

(*) Dig. (XXVII, 6.) *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.* — *Voet* ad h. l. — *Neustetel* l. l. (§ 605. not. *.).— *Keller* üb. Litiscontestation § 68. p. 573 sqq. — *Rudorff* T. II. § 124. p. 294 sqq. (Nr. 1.)

1) L. 1. § 3. L. 10. D. *h. t.* (XXVII, 6.). — L. 2. D. *h. t.* (XXVII, 5.) et arg. L. 14. § 1. et L. 34. § 4. D. *de solut.* (XLVI, 3.)—L. 7. § 2. D. *de cur. fur.* (XXVII, 10.)

2) L. 1. § 5. D. *h. t.* (XXVII, 6.)

3) Cf. § 591. not. 3.

4) L. 1. § 6. L. 2. D. *h. t.* (XXVII, 6.). — L. 1. § 2. D. *eod.*—L. 3—6. *eod.* — *Noodt* comment. ad Pand. Tit. XXVII, 6. — *Burchardi* Wiedereinsezzung in den vor. Stand. § 21. p. 383 — 385.

5) L. 7. 8. L. 11. pr. § 1. D. *h. t.* (XXVII, 6.). — L. 12. *eod.* — L. 9. § 1. *eod.* — L. 9. pr. *eod.* — L. 11. § 2. *eod.*—*Glück* XXXII. p. 361 sqq.

6) *Neustetel* l. l. p. 251 sq.— *Gluck* l. l. p. 313 sq.—*Rudorff* II. p. 300. (Nr. 3.)

§ 607.

(*) Dig. (XXVII, 10.) *de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.* — Cod. (V, 70.) *de curat. furiosi vel prodigi.*

1) L. 5. L. ult. § 5. 6. C. *h. t.* — L. 16. pr. *eod.* — § 1. et 3. I. *de curat.*— L. 13. D. *eod.*—*Glück* Pand. XXXIII. p. 169 sqq. (§ 1390 *e.*)— *Rudorff* I. § 16.

2) L. 1. pr. D. *h. t.*

3) L. 7. pr. D. *h. t.*

4) Cf. inter se hi loci: L. 20. D. *de manumiss.* (XL, 1.) — L. 22. D. *qui et a quib. manum.* (XL.

tum vero curator vel dandus vel confirmandus est [5]; qui quidem desinit ipso jure esse curator, postquam ad bonos mores prodigum rediisse item decreto suo magistratus significavit [6]. Praeterea III) aliis quoque personis, qui propter vitium aliquod, vel morbum, rebus suis superesse nequeunt, curatores dandi sunt [7], quorum, quaenam sit officii munerisque ratio, cum ex personarum, quae subjiciantur curae, conditione, tum vero ex curatorii argumento erit aestimandum [8]. Generatim autem observandum est: quaecunque de minorum tutela ac cura deque ipsorum tutorum officiis praccipiant leges, ea etiam ad reliquas personarum curas esse transferenda [9], nisi quaedam inter ipsas dissimiiitudinis ratio, eaque talis, quae jurium quoque diversitatem necessario efficiat, aut ex ipsa re aut ex constitutionis modo certe appareat [10]. Nec quidquam impedit, quo minus filius curator esse possit parentibus, qui quidem rebus superesse ipsi nequeunt [11].

§ 608. II. *De bonorum curis.*

In earum curarum numero, quae simpliciter bonorum universitatibus constitui solent, hae inprimis sunt: cura ventris [1], hereditatis jacentis [2], bonorum debitoris obaerati [3], nec non absentis [4]. Quas quidem, cum et causa et fine maximopere inter se differant, eodem per omnia minime censeri posse jure, nemo non inteliiget [5]. At vero in iis, quae et peraeque in omnes conveniunt tutelarum ac curarum species, nec forte singulari earum tribuuntur [6], etiam simili omnes utuntur jure [7].

9.) — L. ult. D. *h. t.*—L. 13. § 10. D. *de acceptil.* (XLVI, 4.) — L. uit. § 3. 8. 9. C. *h. t.* — L. 5. § 9. D. *de pec. const.* (XIII, 5.)—Vid. § 592. oot. 1. et 2.

5) L. 1. pr. L. 13. 16. § 1 — 3. D. *h. t.* (*Glück* XXXIII. p. 146 — 159.). — § 3. I. *de cur.* (Vid. et *Ulp.* Fr. XII, 3. — *Zimmern* Röm. R. G. p. 888.) — Cf. L. 10. pr. D. *h. t.* — L. 5. § 1. D. *de acq. v. om. her.* (XXIX, 2.) (oot. 10.). — *Gesterding* Ausbeute von Rechtsforschungen üb. verschiedeoe Rechtsmat. (Greifsw. 1826.) or. II. — De eo, quod vulgo faciuot discrimioc ioter prodigum oaturaliter et civiliter talem, vid. *Glück* I. I. p. 184 sqq.— Caet. vid. *Rudorff* T. I. § 17.

6) L. 1. pr. D. *h. t.*—Cf. *Voet* ad h. Paod. tit. § 7.

7) L. 2. D. *h. t.* — L. 12. pr. D. *de tut. et cur. dat.* (XXVI, 5.)—Cf. § 180. oot. 3. § 181. not. 7.— *Rudorff* I. I. § 18.— De obligatiooibus eorum, qui pro curatore oegotia geruot vid. *Becker* io Eiversii Themide T. II. Nr. XVII; at cf. A. L. Z. aooi 1835. Nr. 77. col. 611.

8) Cf. *Voet* ad Pand. XXVII, 10. § 13.

9) Velut a) L. 14. D. *h.* (cf. L. 2. C. *qui dari tut. poss.* V, 34.). — b) L. 7. § 2. D. (*Keller* üb. Lit. Cootest. p. 335—345.). — L. ult. § 10. C. *h. t.* — c) L. 16. pr. D. *de pign. act.* (XIII, 7.) — d) L. 7. § ult. L. 10. D. *h. t.*—e) L. 8. § 1. L. 13. § 1. D. *de reb. eor.* rel. (XXVII, 9.)—L. 2. C. *h. t.*— Caeter. vid. L. 7. § 1. D. *h. t.* coll. cum L. 13. § *quamquam* D. *de reb. eor.* rel. — f) L. 11. D. *de auct. tut.* (XXVI. 8.) — L. 7. pr. C. *ad SCt. Treb.* (VI, 49.)—Cf. oot. 4. et supra § 592. not. 1.—g) L. 15. § 1. D. *h. t.*—h) L. 5. pr. D. *quando ex facto tut.* (XXVI, 9.)

10) Vid. v. c. § ult. I. *de hered. qual. et differ.* — L. 5. pr. et § 1. L. 93. § 1. 2. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — L. 6. C. *h. t.* (*Glück* I. I. p. 245 sq.).

11) L. 12. pr. et § 1. D. *de tut. et cur. dat.* (XXVI, 5.) — Qui locus quomodo coocillandus sit cum L. 1. § 1. D. *h. t.*, vid. *Glück* I. I. p. 200 — 208.—L. 4. D. *h. t.*

§ 608.

1) § 518. et L. 8. D. *h. t.* (*de cur. fur.* rel. XXVII, 10.). — Cf. L. 5. § 2. D. *de Carb. edict.* (XXXVII, 10.)

2) L. 3. D. *h. t.* — L. 8. D. *quib. ex caus. in poss. eatur.* (XLII, 4.)

3) § 171. not. 5. et L. 5. L. 9. D. *h. t.*

4) L. 15. pr. D. *ex quib. c. maj.* (IV, 6.)—L. 6. § 4. in f. D. *de tut.* (XXVI, 1.)—L. 6. § 2. D. *quib. ex caus. in poss.* (XLII, 4.)— L. 1. § 4. D. *de muner.* (L, 4.) — L. 3. C. *de postlim. revers.* (VIII, 51.)—Vid. supra § 180.— *Glück* XXXIII. p. 259 — 303. (§ 1397*e*.).—*Budorff* T. I. § 19. 20.

5) Distioguere soleot pleoas curas et mious pleoas, atque has quidem ioterpretaotur, quae custodiae taotum causa constituuotur; *Glück* Pand. XXXIII. p. 117.

6) Velut L. 7. § 5. in f. C. *h. t.* (V, 70.). — Cf. *Meissner* stillschw. Pfaodr. § 115. — Caeter. vid. L. 15. § 1. *h. t.*

7) Vid. v. c. L. 1. § 4. D. *de mun.* — L. 4. L. 3. C. *de postlim.* (cf. L. 2. D. *rem pup. salv. fore.*). — Cf. L. 2. § 2. 5. L. 3. D. *de cur. bon. dando.* (XLII, 7.)

LIBER V.

DE JURE, QUOD AD DEFUNCTORUM SUCCESSIONES SPECTAT, S. DE HEREDITATUM JURE.

H. Donelli comment. jur. civil. Lib. VI — VIII. et Libri IX. c. I — IV. — *Zimmern* Grundriss d. gem. in Deutschl. geltenden Erbrechts. Heid. 1823.—*E. Gans.* das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwickelung od. das röm. Erbrecht in seiner Stellung zu vor. u. nachrömischem. Bd. I — III. 1824 — 1829. (Jus hereditarium Romanorum continetur Vol. secundo.—Cf. *G. F. P.* in ephemerid. jur. Erl. I. p.1 sqq.) — *A. C. H. v. Hartitzsch* das Erbrecht nach röm. u. heutigen Rechten. Leipz. 1827. — *C. F. Rosshirt* Einleitung in das Erbrecht u. Darstellung des ganzen Intestat-Erbrechts. Landsh. 1831. — *J. F. Hunger* das Röm. Erbrecht. Erl. 1834.

CAPUT I.

DE NATURA, INDOLE ET CAUSIS PER UNIVERSITATEM SUCCESSIONIS GENERATIM DISSERITUR.

§ 609. I. *Per universitatem successionis notio atque indoles.*

Per universitatem succedere dicitur, cum universa alicujus jura, aut pars eorum pro indiviso, quatenus quidem cum persona non cohaereant, simul atque uno actu transferuntur ad alium [1]). Et omnes quidem per universitatem successiones ab ea profectae sunt tamquam a communi ratione, ut, qui hoc modo succederent, eorum, qui in personarum numero esse desiissent, sustinere viderentur locum [2]). Atque ex eodem velut a fonte proprietates illae manarunt insignes, quae hereditatum causa primum introductae sunt [3]), quarum ad similitudinem imaginemque reliquas omnes per universitatem successiones exprimere atque conformare consueverant Romani [4]).

§ 610. II. *De materia per universitatem successionis* A) *generatim disseritur.*

Universum jus, quodcunque penes eum fuit, cui succeditur, quatenus non exstinguitur cum persona, ad successorem defertur [1]), id quoque, cujus non

§ 609.

1) *Hasse* in Archiv. f. civ. Praxis V. p. 10—49. (cf. supra § 116. not. 1. et *Auctoris* obs. jur. Rom. I. p. 20—27.).

2) *Auctoris* obs. cit. p. 11—18.

3) a) L. 50. pr. D. *de H. P.* (V, 3.) (L. 119. L. 208. D. *de V. S.*). — b) Pr. I. *de stipulat. servor.*—L. 22. D. *de fidejussorib.* (XLVI, 1.)—L. 15. pr. D. *de interr. in jure fac.* (XI, 1.)— L. 31. § 1. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.)—§ 2. I *eod.*—L. 34. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) (cf. § 614. not. 5.).—c) L. 1. pr. D. *de R. V.* (VI, 1.) — Caeter. de actionum, quae de universitate propositae sunt, vi ac potestate vid. *Auctoris* obs. cit. p. 4—10. et infra Cap. IV. Sect. II. (§ 705 sqq.)

4) *Gaji* inst. III, 82. IV, 34—35.

§ 610.

1) L. 24. L. 208. D. *de V. S.* — L. 62. D. *de R. J.* — L. 3. pr. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.)

2) Caeter. vid. L. 4. § 1. L. 50. in f. D. *fam. erc.* (X, 2.)

est commercium [3]); quo in genere et sacra privata erant [4]), et ioca religiosa [5]). Quid? quod per universitatem succedendo etiam earum rerum persecutio acquiri potest, quarum nec alienandarum, nec actionibus persequendarum jus umquam fuit penes defunctum[6]). Quae vero cum persona cohaerent, non transeunt; vocant jura personalissima. Excipiuntur igitur 1) jura officiaque publica itemque poenarum publicarum obligationes, quatenus quidem non pertinent ad rem familiarem; 2) juris ratio ea atque conditio, quae ad personam inter se necessitudines conjunctionesque velut perpetuas referenda est, ut jus familiarum, aliaque ejusmodi [6]); 3) quaecunque capitis deminutione pereunt jura[7]). Praeterea 4) obligationes actionesque nonnullae, quae aut suapte natura nequeunt transferri ad alios, veiut populares actiones [8]), aut pacto, vel testamento [9]), vel etiam lege ad certas adstrictae sunt personas, quarum in numero inprimis habentur actiones, quae vindictam spirare dicuntur[10]). Et hae quidem omnes post litem contestatam transmittuntur ad heredes [11]). Denique 5) et personae privilegiis heredes, sicut caeteri successores, uti prohibentur [12]).

§ 611. B) *Singillatim: quatenus ex delictis oriundae actiones heredibus dantur, aut in heredes* (*).

Et heredibus quidem actiones ex delicitis venientes, nisi quae vindictae habent persecutionem (§ 610. not. 10.), utique omnes dantur, non modo quae rei persequendae causa comparatae sunt, verum etiam poenales [1]). In heredes autem hae quidem, quae meram habent rei persecutionem, dantur in solidum [2]), poenales vero, tum vero mixtae in id tantummodo dantur, quod ex defunctorum

3) *Cic.* de legib. II, 19. 20. — *Gaji* inst. II, 52—58. — *de Savigny* üb. die jurist. Behandl. der sacra privata bei den Römern (Zeitschrift f. histor. R. W. II. Nr. XV.).

4) L. 5. L. 6. pr. D. *de religios.* (XI, 7.) — L. 4. L. 13. C. *eod.* (III, 44.) (vid. supra § 215. not. 10—15.)

5) a) L. 62. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — b) L. 19. pr. et § 2. D. *de H. P.* (V, 3.) — Vid. Schol. Basil. T. V. p. 602. not. g. et *Auctoris* obs. jur. Rom. c. I. § 3. not. 7.

6) L. 6. D. *de oper. libertor.* (XXXVIII, 1.) — L. 20. § 2. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — Cf. *Auctoris* Cession § 26. p. 302 sqq. (Nr. 2.) — *Auctoris* Cession p. 298 sqq. (Nr. 2.) — Cf. et *Marezoll* in *Grolmani Loehrii*que Mag. IV. p. 363 sqq. (Nr. 2.).

7) § 184. not. 10. 11.

8) Arg. L. 12. pr. in f. D. *de V. S.* — L. 7. § 1. D. *de popular. act.* (XLVII, 12.) — Contraria non est L. 5. § ult. D. *de his qui effud. vel dejec.* (IX, 3.) — Cf. L. 5. § 5. *eod.*

9) Velut « quod in dies, menses, annosve singulos alicui, quoad vivat, debeatur ». L. 32. pr. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.)

10) § 1. I. *de perp. et temp. act.* (« — excepta injuriarum actione et si qua alia similis inveniatur ». — *Theophil.* ad h. l. — L. 2. § 4. D. *de collat.* (XXXVII, 6.) « — magis enim vindictae quam pecuniae habet persecutionem ». — *Cic.* or. pro Caec. 12. in fin.). — L. 10. D. *de sepulchro viol.* (XLVII, 12.) — L. 20. in f. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) (cf. L. 1. § 6. D. *de injur.* (XLVII, 10.) et L. 9. D. *de relig.* (XI, 7.). — L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (III, 28.) (cf. L. 1. § 8. D. *si quid in fraud. patr.* (XXXVIII, 5.). — L. 24. D. *de in jus voc.* (II, 4.) (cf. L. ult. *eod.*). — L. 4. D. *de calumniator.* (III, 6.) — L. 7. et 10. C. *de revoc. donat.* (VIII, 56.)

11) § 1. in f. I. *de perp. et temp. act.* — L. 139. pr. L. 164. D. *de reg. jur.* — L. 26. L. 58. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 13. pr. L. 28. D. *de injur.* (XLVII, 10.)

12) L. 196. D. *de reg. jur.* — L. 68. *eod.* — Cf. § 82. in f.

§ 611.

(*) *J. H. Boehmer* Jus eccl. Prot. Lib. IV. Tit. XVII. § 128—137. — *Francke* Beitr. zur Erläut. einzelner Rechtsmaterien I. (Goett. 1828.) Nr. I.

1) § 1. I. *de perpet. et temp. act.* — L. 5. § 4. D. *ne quis eum, qui in jus vocab., vi exim.* (II, 7.) — L. 1. in f. D. *de eo, per quem factum est, quo minus quis in jud. sistat.* (II, 10.)

2) Velut furtiva condictio, et aliae, quae rei persequendae causa propter furta dantur actiones. L. 2. L. 7. § 2. L. 9. D. *de cond. furt.* (XIII, 1.) — L. 1. pr. D. *de privatis delict.* (XLVII, 1.) — L. ult. D. *peculat.* (XLVIII, 13.) — Cf. *Francke* l. l. p. 35 sq. (a quo dissentire videtur *Krug* de cond. furt. — Lips. 1830. — p. 3 sq.). Eodemque loco rerum amotarum actio olim haberi solita est, licet peculiaris ad poenam persequendam actio ex amotione haud daretur, L. 6. § 4. L. 21. § 5. D. *de act. rer. amotar.* (XXV, 2.) quod quidem jus constitutionibus mutatum est; L. un. C. *eod.* (V, 21.) — *Francke* l. l. p. 38 sq. — *Krug* l. l. p. 18. not. 2.

delicto ad illos pervenit [3]), praeterquam post litem contestatam [4]). Non est igitur quod miremur, quare ne illae quidem actiones ex poenalium genere, quae non ultra damnorum restitutionem competunt, in heredes dari minime consueverint, siquidem in poenam nemo succedit [5]). Contra vero, cum in contractu similique obligatione dolus admissus est defuncti, in solidum heredes plerumque [6]) tenentur [7]), adeoque, ut eam heres poenam praestet, quae ex Lege Aquilia propter damnum injuria datum peti potest, jure convenitur illo actionum genere, quae ex contractu descendunt, vel quasi ex contractu [8]). Caeterum jus canonicum et ex delicto venientes actiones, nisi quae meram habent poenae vindicationem, adversus heredes admittit in solidum [9]), licet eo, quo utimur, jure non ultra id, quod ex defuncti patrimonio ad heredes pervenit, dari illae soleant [10]).

§ 612. III. *Singulae per universitatem successionis species obiter perhibentur* (*).

Quamquam, quicunque per universitatem succedunt, demortui hominis locum ex Romani quidem juris commento sustinere videntur omnes (§ 609.), tamen ei juri, quod in forensi utilitate maxime versatur, magis esse conveniens videtur, si in duo singulae harum successionum species dividantur summa genera, alterum earum, quae ad defunctorum hereditates bonorumve possessiones referuntur, alterum eas complectens, quae etiam vivo eo, de cujus bonis quaeritur, aliis possunt deferri. Atque in priori numero successorum habentur heredes, quique loco sunt heredum [1]); quorum in genere etiam fiscus est, cui defunctorum hereditates ex quavis causa deferuntur [2]), tum etiam, qui ejusmodi hereditates

3) L. 20. D. *de poenis*. (XLVIII, 19.)— L. 1. pr. D. *de privat. delict.* (XLVII, 1.)—L. 38. L. 44. D. *de reg. jur.* — L. 2. § 27. D. *de vi bonor. rapt.* (XLVII, 8.) — L. 1. in f. D. *de eo, per quem fact. rel.* (II, 10.) — L. 5. pr. D. *de calumn.* (III, 6.) — L. 16. § 2. D. *quod met. c.* (IV, 2.) — L. 17. § 1. L. 26. D. *de dolo malo*. (IV, 3.) — L. 52. D. *de R. V.* (VI, 1.) — L. 1. § 23. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — L. 3. pr. D. *de vi et vi arm.* (XLIII, 16.)

4) L. un. C. *ex delict. defunctor. in quant. hered. teneant.* (IV, 17.)—L. 8. in f. D. *de fidej. et nom.* (XXVII, 7.)—L. 33. L. 58. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)—Cf. *Francke* l. l. p. 42 sqq.

5) L. 1. in f. D. *si quis jus dic. non obt.* (II, 3.) — L. 1. in f. D. *de eo, per quem fact. erit.* (II, 10.)— L. 4. in f. L. 5 — 7. D. *de alien. jud. mut. c. facta.* (IV, 7.) (« — in heredem autem —— non dabitur, *quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari*»).—L. 9. in f. L. 10. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) (« — cum ex delicto oriatur, *poenaeque nomine concipiatur* »). — L. 22. in f. D. *de O. N. N.* (XXXIX, 1.)

6) Nam de tutorum heredibus vid. supra § 590. not. 9. et § 601. not. 1.—Add. Basilic. Schol. T. V. p. 106. not. k. et *Francke* l. l. p. 12 sqq. atque inprimis p. 18 sq.

7) L. 7. § 1. D. *depositi*. (XVI, 3.)—L. 12. et 49. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) — L. 121. in f. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—L. 152. in f. L. 157. in f. D. *de reg. jur.* — Caeterum vid. § 1. I. *de perpet. et temporal. act.* « Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, cum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit.» (Cf. *Gaji* inst. IV, 112. et *Theophil.* in paraphr. ad d. § Inst.) — Quo in loco et interpretando et cum superioribus conciliando multum operae posuerunt interpretes; cf. v. c. *Cujacii* obs. XXI, 2.—*a Costa* in comment. ad d. §.—*Francke* l. l. p. 16—28.

8) L. 10. pr. D. *comm. div.* (X, 3.) — Vid. supra § 353. not. 2. et ibi context.

9) c. 5. in f. X. *de raptorib.* rel. (V, 17.)—c. ult. X. *de sepult.* (III, 28.) — c. 28. in f. X. *de sent. excomm.* (V, 39.)— Cf. *Boehmer* l. l. § 132. 133. —*Francke* l. l. p. 46 sq.

10) Cf. *Boehmer* l. l. § 134 sqq. — *Francke* p. 48 sqq.

§ 612.

(*) *Hasse* Archiv f. civilist. Praxis V. p. 49 —67.

1) a) Tit. Dig. *de possessoria hereditatis petitione*. (V, 5.) — b) Tit. Dig. *de fideicommissaria h. p.* (V, 6.)—c) L. 20. § 10. L. 34. pr. D. *de h. p.* (V, 3.) (*Auctoris* obs. j. Rom. I. § 11.). — d) *Gaji* inst. III, 85. — e) L. 4. § 21. D. *de fideic. lib.* (XL, 5.) (Inst. *de eo, cui libertatis causa bona addicuntur.*)

2) L. 3. § 5. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) — L. 60. § 1. D. *de cond. et dem.* (XXXV, 1.)—L. 14. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.)—L. 2. § 1. D. *de aliment. leg.* (XXXIV, 1.)—L. 2. § 2. D. *si quis aliq. test. prohib.* (XXIX, 6.)—L. 16. § 2. L. 18. § 1. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV, 9.)—Caeter. vid. L. 1. § 1. D. *de jure fisci.* — L. 5. C. *de bon. vacant.* (X, 10.) — Cf. *Glück* Intestaterbfolge (ed. II.) p. 772 –774.

emit a fisco[3]). Ad secundum genus item referendus est fiscus, damnatorum bona sibi vindicans [4]); tum etiam hi, quibus bona parentis, aut incestas contrahentis nuptias, aut sine causa divortium facientis, culpave sua divertendi ansam praebentis, lege deferuntur [5]). Fuere aliae etiam antiquitus successiones, quae hoc in censu essent censendae, ut hae, quae fierent per legitimae hereditatis cessionem [6]), per in manum conventionem, per adrogationem, per bonorum emtionem, tum ex SCto Claudiano [7]). Atque ex his quidem causis obligationes, quae ex ejus persona, cujus bona deferrentur, essent ortae, non transibant ad successorem; quod similiter de reliquis dicendum esse videtur hujus generis successionibus, si quidem ad earum indolem spectas, eamque, qua vel maxime nixae sunt, rationem; scilicet ut non ultra id, quod ad eos pervenit, qui hoc modo successerunt, conveniri possint a creditoribus.

§ 613. IV. *Argumenti brevis expositio, totiusque loci constitutio.*

In omni orationis parte, quae sequetur, id nobis propositum est, ut de hereditario jure exponatur. Quamquam autem non modo per universitatem succeditur in bona defunctorum, verum etiam singulatim, tamen, quoniam successio, quae in singulas fit defuncti res, in ejus, quae per universitatem defertur, posita est ratione ac potestate, ex eaque tota fere pendet, omnem argumenti nostri causam in eo jure versari, quod ad successionem spectat per universitatem, vere dici potest [1]). In singulis vero collocandis ordinandisque doctrinis hanc elegimus viam, tamquam simpliciorem, ut primo de deferendis, dein de acquirendis, postremo autem loco de amittendis hereditatibus exponeremus. Quibus, velut summis argumenti nostri locis, et praemisimus ea, quae principiorum loco essent, nec commode possent singulis assignari capitibus, et interseruimus congruo loco, quae proprie spectant ad singularum rerum successionem. Nam quae juxta pertinent ad utriusque successionis rationem, non esse separanda putavimus ab eo loco, quo

3) L. 54. pr. D. *de h. p.*(V,3.)—L. 41. D. *de jure fisci*. —L. 1. C. *de her. v. act. vend.* (IV, 39.)

4) Etenim fiscum ex ejusmodi quoque causa per universitatem succedere, satis evincuntur L. 31. pr. D. *sol. matrim.* (XXIV, 3.)—L. 2. C. *ad Leg. Jul. de vi publ, v. priv.* (IX, 12.) — L. 5. C. *de bon. proscriptor.* (IX, 49.) — L. 1. C. *de fidejussor. et mandatorib.* (VIII, 41.)—L. 14. in f. D. *de interd. et rel.* (XLVIII, 12.) « Qui civitatem amisit et bona detinet, utilibus actionibus tenetur. » — Caeterum de confiscationum jure universim conferendi sunt Dig. (XLVIII, 20.) *de bonis damnatorum.* — (XLVIII, 21.) *de bonis eorum, qui ante sententiam vel mortem sibi consciv. vel accusatorem corruper.* — (XLVIII, 22.) *de interdictis et relegat. et deportat.* — (XLVIII, 23.) *de sentent. passis et restitutis.* — Cod. (IX, 46.) *de bonis proscriptorum seu damnatorum.* — (IX, 50.) *de bonis eorum, qui mortem sibi conseiverunt.* — (IX, 51.) *de sentent. passis et restitutis.* — Nov. 134. c. 13. — *T. Marezoll* uber die bürgerl. Ehre (Giessen 1824.) p. 39 — 76. Singulatim vero vid. a) L. 11. et 17. D. *de jure fisci* (XLIX, 14.)— b) L. 10. pr. D. *de bon. damnat.* — c) L. 7. § 5. *eod.* — L. 4. L. 7. § 3. et 4. L. 14. § 1. D. *de interd. et rel.* — L. 2. et 4. C. *de bonis proscript.* —d) L. 3. C. *de sent. pass. et restit.*—e) L. 9. pr. C. *de bon. proscript.* — L. 3. § 4. in f. D. *de minorib.* (IV, 4.) — f) L. 45. pr. et § 3. D. *de jure fisci.* — L. 5. § 4. C. *ad L. Jul. maj.* (IX, 8.) — L. 7. D. *de m. c. d.* (XXXIX, 6.) — L. 31. § 4. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) (Cf. L. 15. *eod.* « Post contractum capitale crimen donationes factae non valent ex constitutione Divorum Severi et Antonini, nisi condemnatio secuta sit. » — Vid. Basilic. Scholiast. VI. p. 200. not. n. — *Dirksen* civ. Abh. I. p. 427. et cf. Fr. vet. JCti de jure fisci § 20.)

5) a) Nov. 12. c. 2.—b) Nov. 117. c. 13.—Nov. 127. c. 4. — Nov. 134. c. 11. — c) Nov. 134. c. 10. — De eo, qui sponte monachicam vitam elegerit, vid. Nov. 123. c. 38.

6) *Gaji* inst. II. § 35 — 37. III. § 85 — 87. — *Auctoris* Cession p. 29—34. (ed. 3.).

7) *Gaji* inst. III. § 77—84. — Inst. Tit. a) *de adquisitione per adrogationem.*—b) *de successionibus sublatis, quae fiebant per bonorum venditionem et ex SCto Claudiano.*

§ 613.

1) Cf. *Gaji* inst. II. § 191. et pr. I. *de leg.* —*Hasse* in Rhein Mus. II. p. 346 sq. (Nr. 6.)

deferendae testamentariae hereditatis jura tractantur. Quorum in numero etiam habenda sunt, quae de codicillorum jure tradi solent. Quae, licet vel maxime propria esse videantur legatorum fideivecommissorum juri, tamen, cum non modo saepius codicillis efficiatur, ut exitum habeant ultimae defunctorum voluntates alioquin omni cariturae vi, verum etiam eorum, quae de hominibus vel heredibus instituendis vel exheredandis dicenda sunt, pleniori inserviat cognitioni jus codicillorum, fieri non posse nobis visum est, quin ad eum locum referrentur, qui universim praeciperet de testamentariae successionis jure.

CAPUT II.

DE JURE HEREDITATUM PRAECEPTA COMMUNIA.

§ 614. I. *Hereditatis notio atque indoles.*

Hereditas duplici accipitur sensu. Aut enim ad ipsum refertur succedendi jus, aut ad res, quae, tamquam materia, subjiciuntur successioni. Et priori quidem sensu hereditas dicitur *successio in universum jus, quod defunctus habuit* [1]; is autem ad quem jus illud spectat, appellatur heres, velut herus [2]. Eaque hereditatis significatio vocatur *subjectiva,* altera illa oppositae, cui nomen est *objectivae;* quam quidem liceat interpretari: bonorum juriumque, quaecunque deferuntur ad heredem, universitatem [3]. Quae universitas et familiae nomine venit [4], et personae vice fungitur [5].

§615. II. *De iis, qui interveniente heredis persona succedunt.*

Ad heredes recta via transeunt defunctorum bona, unde etiam directi heredis nomen hodie usu venit. Sunt tamen, quibus non fere nisi heredis interveniente persona bonorum defuncti successio defertur. Quae vero hoc modo cuipiam obveniunt, variis dicuntur nominibus, scil. legatorum, fideicommissorum, mortis causa capionum. Et legati vocabulum proprie quidem spectat ad ea, quae juris civilis ejusdemque antiqui forma ac ratione relinqui solita sunt [1], licet vulgari quodam loquendi usu ad omnem referretur singularem successionem, testamentariam illam quidem [2], et olim etiam latius pateret [3]. Contra vero fideicommissorum vis non ex certis verborum formulis pependit, nec omnino ex stricti juris ratione, sed bona fide atque aequitate magis nixa est [4]. Sunt autem duo fideicommissorum genera. Unum eorum, quae ad hereditates restituendas pertinent, efficiuntque,

§ 614.

1) L. 24. D. *de V. S.* — L. 62. D. *de reg. jur.*

2) § 7. I. *de hered. qual. et differ.* — De vocabulo apud nostrates usitatissimo: *Universalerbe,* vid. *Hugo* heut R. R. (ed. VI.) § 143. not. 2.

3) L. 208. D. *de V. S.* (cf. § 609. not. 3. a.;

4) L. 195. § 1. D. *de V. S.*

5) L. 22. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.)—L. 31. § 1. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.) « — — quia creditum est, hereditatem dominam esse (et) defuncti locum obtinere ».— L. 34. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) « Hereditas — non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est. (cf. § 609. not. 3. b. et infra Cap. IV Sect. II. init.).

§ 615.

1) *Ulpiani* Fr. XXIV. § 1.

2) L. 116. pr. D. *de leg.* I. — L. 36. *de leg.* II.

3) L. 120. D. *de V. S.*

4) *Ulp.* Fr. XXV. § 1. — *Gaji* inst. II. § 268. sqq. et § 285 sqq. — § 12. I. *de fideic. hered.* et *Theophili* Paraphr. II, 23. § 1. — Cf. L. 77. D. *de leg.* I.

ut heredis loco sit, cui restitutio facta est hereditatis [5]); vocant universalia fideicommissa. Alterum est, quo singularium rerum restitutio a testatore heredi aliive injungitur [6]); hisque, quantum fieri potuit, exaequata sunt legata [7]). Ac mortis causa capionum nomen generale est, et m. c. donationes complectens, et omnino omnia, quae propter mortem alterius alicui obveniunt, nec propriis appellantur nominibus [8]).

§ 616. III. *Delatum, acquisitum jus successionis.*

Delata dicitur hereditas, quam quis potest adeundo consequi [1]), acquisita, simulatque in heredis patrimonio coepit esse [2]). Quemadmodum autem propter heredum conditionem fieri potest, ut in unum concurrat utrumque tempus, et delatae et acquisitae hereditatis [3]): sic in singularium rerum successionibus alterum ab altero rarius solet separari [4]).

§ 617. IV. *Deferendae successionis causae.*

Duae sunt, secundum civilis juris praecepta, deferendarum hereditatum causae: altera testamentum, altera lex [1]). Et illa quidem hac habetur potior [2]), nec fieri plerumque potest, ut ejusdem hereditatis alius testamento, alius lege heres sit [3]). Pactis vero hereditas neque dari neque adimi potest [4]); nam contrariae esse bonis moribus videntur ejusmodi conventiones [5]). At vero nihil impedit, quo

5) *Gaji* inst. II. § 251. — § 3 — 7. I. *de fideic. hered.*

6) *Gaji* inst. § 260 sqq. — Inst. *de singulis reb. per fideicommissum relictis.*

7) L. 2. C. *comm. de leg. et fideic.* (VI, 43.) — *v. Loehr* Magazin Bd. IV. Abh. VI. nr. 3.

8) L. 31. pr. et § 2. D. *de m. c. d.* (XXXIX, 6.) — Vid. infra § 759.

§ 616.

1) L. 151. D. *de V. S.*

2) Cf. a) L. 7. C. *de jure delib.* (IV, 30.) — b) L. 138. pr. D. *de reg. jur.* — L. 54. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)

3) L. 14. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.)

4) Vid. L. 5. § 1. D. *qu. dies leg. v. fideic. ced.* (XXXVI, 2.)

§ 617.

1) § ult. in f. I. *per quas pers. nob. acquir.* — Cf. L. 130. D. *de V. S.* — *Schilling* Bem. üb. Röm. Rechtsgesch. p. 79. — *Auctoris* comm. *Gluckii* contin. XXXVIII. p. 260 sq.

2) L. 39. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — L. 8. C. *comm. de successionib.* (VIII, 59.) — L. 120. D. *de V. S.* (*Gaji* inst. II, 224.) — *Ulp.* Fr. XI, 14. « Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto. » — Nov. 22. c. 2. — Cf. *Erb.* in *Hugonis* civ. Mag. IV. Nr. XV. — *Dirksen* Uebers. d. bisher. Versuche zur Kritik u. Herstellung d. Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente p. 324 — 342. — *Schilling* Bem. üb. R. R. G. p. 97. not. 228.

3) *Cic.* de invent. II, 21. « (Supponatur ab heredibus haec ratio) : unius pecuniae plures dissimilibus de caussis heredes esse non possunt, nec umquam factum est ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset. ») — L. 7. D. *de reg. jur.* (*Pompon.*) — L. 15. in f. D. *de inoff test.* (V, 2.) (*Papinian.*) — *Haubold* exerc. de caussis, cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788. (et in opusc. Vol. I. p. 315 sqq. — Cf. *Wenck* in praef. p. XXVII. in f. sqq.). — *Thibaut* civ. Abh. Nr. V. — *Seuffert* in Archiv f. civ. Praxis III. Nr. 15. p. 217 sqq. — *Dernburg* Beitr. zur. Gesch. d. röm. Test. p. 302 sqq. (cf. infra § 635.). — *Gans* das Erbrecht in weltgeschichtl. Entwickelung Bd. II. (Berl. 1825.) cap. V. p. 458 sqq. — *Huschke* in Rhein. Mus. T. VI. Nr. VIII. — *Auctoris* comm. *Gluckii* cont. XXXVIII. p. 377 sqq.

4) a) L. 61. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — L. 14. C. *de pactis* (II, 3.) — L. 5. C. *de pact. convent.* rel. (V, 14.) — L. 4. C. *de inutil. stipul.* (VIII, 39.) — b) L. ult. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) — L. 3. C. *de collationib.* (VI, 20.) — (Caeter. vid. L. 1 § 3. D. *si a par. quis manumiss.* (XXXVII, 12.) — Cf. *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXV. p. 206 sq. not. 65. et p. 266 sqq.) — Vid. *Hasse* vom Erbvertrage, in Rhein. Mus. II. p. 150 — 218. (Cap. I.). — Neque vero exceptionem habet L. 19. C. *de pact.* (II. 3.); quippe quae ex militaris testamenti privilegio explicanda sit. — Vid. *Hasse* l. l. p. 163 sq. (nr. 6.).

5) L. 61. D. *de V. O.* — L. 30. C. *de pactis.* — Caeterum inter se minime consentiunt recentiores, qui in caussas hereditatiorum pactorum apud Romanos improbatorum inquisiverunt. Vid. v. c. *J. F. Malblanc* D. de caussis improbati pacti hereditarii ex jure Romano. Tub. 1798. — *Schoeman* Handb. des Civilr. II. p. 179 — 188. — *Burchardi* Rechtssystem d. Römer (Bonn. 1822.) p. 67 — 70. — *Hasse* l. l. p. 156 — 163. (nr. 2 — 5.). De Romanis autem

minus de alienis hereditatibus cedendis liceat pacisci [6]), sic tamen, ut ejusmodi pactiones de futura adhuc viventis hereditate initae non aliter valeant, quam si voluntatem suam accommodaverit paciscentibus is, de cujus hereditate quaeritur, in eaque usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit [7]). Caeterum successio in singulares res plerumque defertur ex defunctorum voluntate, nonnumquam etiam aut lege [8]), aut pacto [9]).

§ 618. V. *De iis, qui arceantur a defunctorum successionibus.*

Sunt, qui omnino arceantur a defunctorum hominum successionibus, non iis tantum, quae testamento, verum etiam, quae lege aliove modo deferuntur [1]). Quorum in numero hi sunt : 1) Qui eo tempore, quo vita functus est is, de cujus hereditate quaeritur, nondum in utero fuerunt [2]); 2) qui capitalis criminis damnati neque in integrum restituti sunt [3]), tum etiam perduellionum filii filiaeve [4]), praeterquam quod ad filias quarta bonorum maternorum pars perveniat [5]); 3) haeretici nec non apostatae [6]); 4) collegia et corpora ejusmodi, quibus jus succedendi non est concessum [7]). Denique 5) et peregrinis denegatur succedendi facultas, quatenus ea definiatur Romanorum jure [8]). Omnino autem tum, cum defertur successio, adsit necesse est succedendi facultas, eaque maneat usque ad hoc tempus, quo acquisitum est jus [9]); ac praeterea in testamentariis successionibus etiam conditi testamenti tempus plerumque [10]) observatur, sic tamen, ut medio tempore, quod intercedit inter factum testamentum et successionem delatam, conditionis mutatio nihil noceat successori [11]).

juris in pactis successoriis, quae apud Germanos frequentantur, usu vid. *Zachariae* lib. quaest. Nr. XVII. et *Auctoris* comm. *Gluckii* contin. XXXVIII. p. 58—117.

6) L. 11. D. *de her. v. act. vend.* (XVIII, 4.) — L. 7. *eod.*

7) L. 30. C. *de pact.* (II, 3.)—(L. 2. § 3. D. *de his, quae ut indignis.* (XXXIV, 9.)—L. 29. § 2. D. *de donat.* (XXXIX, 5.)—Lex Rom. Burgund. ex edit. *Barkow.* Tit. XXXVIII. lin. 16 sqq.) — *Hasse* Rhein. Mus. II. p. 218—241. (Cap. II.).

8) Vid. v. c. L. 5. § 2. L. 11. in f. D. *de his, quae ut indignis.* (XXXIV, 9.) — L. 5. § 2. *eod.*

9) L. 35. § 2 sqq. D. *de m. c. d.* (XXXIX, 6.)

§ 618.

1) Caeter. vid. L. 3. pr. D. *de his, quae pro non script.* (XXXIV, 8.) — L. 11. D. *de alim. leg.* (XXXIV, 1.)—L. 10. D. *de cap. min.* (IV, 5.)

2) L. 6. et 7. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) — (§ 8. I. *de hereditatibus, quae ab intest. deferuntur.* — L. 1. § 8. D. *unde cognati.* XXXVIII, 8.) — Quod quidem impedimentum non in solius ab intestato successionis terminis contineri, manifesto indicat L. 3. D. *de bon. possess. sec. tab.* (XXXVIII, 11.) « Verum est, omnem postumum, *qui moriente testatore in utero fuerit*, si natus sit, bonorum possessionem petere posse. » — Nec magis dici potest, juri huic derogari ex Justiniani de personis incertis constitutione, quippe quae de eo incertarum personarum genere, quae morientibus testatoribus ne in utero quidem sunt matrum, minime esse locuta videatur. Vid. istius constitutionis argumentum tum in L. un. C. *de incertis personis, a Contio* restituta (VI, 48.), tum in § 25 sqq. I. *de legat.*—Cf. et Pr. I. *de bonor. possess.* — Nos vero illo jure, quippe e nimia subtilitate profecto, non uti, id quidem rectius affirmari possit.

3) L. 13. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.)— L. 3. D. *de his, quae pro non script.* (XXXIV, 8.)—L. 1. C. *de hered. inst.* (VI, 24.)

4) L. 5. § 1. C. *ad L. Jul. maj.* (IX, 8.) — Vid. et not. seq.

5) L. 5. § 3. C. *ad L. Jul. maj.*

6) L. 4. et 5. C. *de haeret. et man.* (I, 5.)—L. 3. C. *de apostat.* (I, 7.)—Nov. 115. c. 3. § 14.

7) L. 8. C. *de hered. inst.* (VI, 24.)—L. 1. C. *de jud.* (I, 9.)— Cf. § 197. et script. ibi laudd.—Infra § 641. Nr. 4. d.

8) a) L. 6. § 2. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.)—b) *Gaji* inst. II. § 285.—Quae quidem peregrinorum a jure successionum prohibitio, quamquam eam non sustulit auth. Frid. *omnes peregrini* Cod. *commun. de successionibus*, tamen hodie observari non solet; cf. supra § 187. ad not. 4.

9) a) L. 1. § 4. D. *ad SCt. Tertyll.* (XXXVIII, 17.)—b) Vid. II. not. 11. excit.

10) Nam vid. a) § 32. I. *de leg.*—L. 41. § 2. in f. D. *de leg.* I.—L. 3. D. *de reg. Cat.* (XXXIV, 7.)—b) L. 7. pr. D. *de leg.* III. — c) L. 7. § 1. *eod.* — Omnino cf. infra locum de legatorum jure, nec non de Catoniana regula. et § 724. 726.

11) § 4. I. *de hered. qual. et differ.*—L. 6. § 2. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 59. § 4. *eod.* — L. 49. § 1. *eod.*— Cf. *Vinnius* ad § 4. I. de hered. qual. et differ. nr. 6. et 7. — *Schoeman* Handb. II. Nr. 8.

§ 619. VI. *Bonorum possessionis adumbratio* (*). A) *Ejus origo atque indoles.*

Juris hereditarii antiqui rationem, nimiis impeditam angustiis arctissimisque conclusam circulis, sensim Praetores cum collabefactarunt, tum vero tam artificiose contexuerunt cum iis, quae ab ipsis inventa sunt, ut eorum, quae ad utriusque juris hereditarii causam, et civilis et praetorii, universim spectant, in ipso hujus doctrinae ingressu quaedam praecipere pernecessarium esse videatur. — Praetor igitur caute ac provide, ut solebat, ad populi ingenium adque mutatam juris domestici ac familiaris pristinam indolem, immutationes suas accommodavit. Et primum quidem, quemadmodum credibile est, hoc modo, ut quorum bonorum interdictum [1]) his impertiret, quos heredum loco esse voluit, hunc potissimum in finem, ut extraneorum usucapio, lucrativa illa atque improba [2]), impediretur; unde pedetentim prorsus nova invaluit juris hereditarii ratio [3]). Neque vero voluit Praetor civile jus hereditatis tribuere illis, quos ad bonorum possessionem vocabat, nec id utique potuit; at *velut* hereditatis jus, scil. ad hujus ipsius similitudinem conformatum, bonorum possessoribus esse accommodandum, id jam nemini dubium erat [4]). Quaecunque itaque directo s. civili jure ad heredes poterant pertinere, ea jure praetorio communicata sunt cum bonorum possessoribus, hoc pacto, ut, quae ad dominii causam spectarent, in bonis essent, actiones vero petitionesve utiliter bonorum possessoribus, tamquam fictis heredibus, tum etiam contra eos darentur [5]). Idque fieri aliter non potuit, nisi certa a Praetore via constituta ac ratione, quibus ad bonorum possessionem perveniretur, certoque proposito ordine, quo praetoria illa successio deferretur. Qua in re similiter obtinuit praetorii juris auctoritas atque in reliquo jure, scil. ut civilis juris eatenus tantum esset usus ac vis, quatenus non exceptionem aliquam adversus illud proposuisset Praetoris edictum [6]). Praeterea, ut in aliis rebus [7]), sic hac quoque in re legumlatores Praetorem imitati novas auctoritate sua introduxerunt bonorum possessiones [8]). Ac postremo omne, quod olim inter utriusque successionis vim ac potestatem intererat discrimen, prorsus evanuit, cum propter mutatam rei judiciariae rationem, tum vero eo, quod duplex illud dominii genus sublatum est [9]). Quae cum ita essent, sane exspectari poterat, ut ea quoque, quae et in nomine et in acquirendi juris solemnitatibus etiam resederant pristinae differentiae vestigia, similiter tollerentur, et quae antea

§ 619.

(*) Inst. (III, 9.) *de bonorum possessionibus.* — Dig. (XXXVII, 1.) *de B.P.* — *Koch* B.P. literarisches Testament nebst Commentar, Revision und Codicill. Giessen 1799. 8. — *v. Loehr* Einige Bemerkungen aus d. Lehre v. d. B. P. (Mag. III. Nr. VIII. p. 216 — 353.). — *A. G. Foerster* de bonorum p. liberorum praeteritorum contra tabulas parentum. Vratisl. 1823. 8.

1) L. 1. pr. D. *quorum bonor.* (XLIII, 3.) — *de Loehr* l. l. Nr. 5. p. 250 sqq. — *de Savigny* Zeitschr. für histor. R. W. T. V. Nr. 1.

2) *Gaji* inst. II. § 52 sqq.

3) Caeterum alii alias introducendae bonorum possessionis causas in medium protulerunt, velut *Koch* l. l. § 2. — *Hugo* Rechtsgesch. p. 551—553. (ed. XI.) — *Loehr* l. l. nr. 5. p. 250 sqq. (cf. *Schweppe* Rechtsgesch. § 462. ed. 2.). — *Dernburg* Beitr. z. Gesch. d. Röm. Testamente p. 186 sqq. — *de Savigny* l. l. p. 14—17. — *Schrader* in ephem. Heidelb. de 1823. p. 29 sqq. — Cf. *Glück* Intestaterbfolge (ed. II.) § 86. et *Seuffert* Lehrb. d. pract. Pandectenrechts Bd. III. § 518. not. 2.

4) *Loehr* l. l. p. 219 sq. p. 335 sq. — Cf. *Savigny* l. l. p. 17—19.

5) *Gaji* inst. III. § 32. IV. § 34. — *Ulp.* Fr. XXVIII. § 12. — L. 2. D. *h. t.* — § 2. I. *eod.* — L. 117. D. *de reg. jur.* — *Savigny* l. l. et Zeitschr. II. p. 365 sqq.

6) *Loehr* l. l. p. 295. — Mos. et Rom. LL. coll. XVI, 3. — Vid. *Gaji* inst. II. § 119. 120. (§ seq. not. 3.)

7) Vid. v. c. § 158. not. 6. 7.

8) Dig. (XXXVIII, 14.) *ut ex legibus senatusve consultis b. p. detur.* — § 7. I. *h. t.* — *Loehr* l. l. nr. 4. p. 237 sqq. — § 622. not. 1.

9) Cf. supra § 243. in f.

fuerant dissoluta, ad idem revocarentur juris genus certaque constringerentur ratione. Neque vero id factum [10]), quin potius aucta est hujus rei difficultas eo, quod Justinianus in iis, quae de universo hereditatum jure proposuit sancivitque, prorsus nullam, ut videtur, bonorum possessionis habuit rationem [11]). Quo major adhibenda est cura ac diligentia, ne temere inter se commisceantur, quae non nisi ad alterutrum referenda sint jurium genus, scilicet hoc servato velut principio, ut, quae etiam novissimo jure deferuntur hereditates non ut heredibus, sed ut bonorum possessoribus, eae aestimentur ex principiis regulisque, quae de bonorum possessionibus acquirendis statuta nec novis legislatorum decretis sublata sunt [12]).

§ 620. B) *Bonorum possessionis summa praecepta.*

His autem vel maxime legibus praeceptisque regitur praetoriae successionis ratio: 1) Datur b. p. non modo iis, ad quos alioquin bona non perveniant, verum his quoque, quibus etiam civili jure defertur hereditas, eo quidem ordine, quo quisque est vocatus edicto [1]). Quare aut confirmandi aut emendandi et impugnandi juris civilis gratia Praetor dicitur introduxisse bonorum possessionem [2]). 2) Est autem hic ordo bonorum possessionum deferendarum, ut primo loco detur *contra tabulas*, deinde *secundum tabulas*, postremo *intestati bonorum possessio* [3]). At de singulis bonorum possessionis delatae causis, tum de personis, et quo loco atque ordine altera alteram excipiat, ibi demum dicemus, ubi singulas hereditarii juris quaestiones exponemus [4]). 3) Debent, qui ad bonorum possessionem vocantur, suo quisque tempore eam petere, (agnoscere, admittere, accipere) [5]), quod quidem utile tempus est, et in superioris inferiorisque ordinis cognatis anno, in reliquis vero centum diebus utilibus finitur [6]). 4) Quo autem loco bonorum possessio defertur, ex eo etiam sponte apparet, qui potiores aliis habendi sint, hoc pacto, ut heredes, quibus aut posterior aut par cum bonorum possessoribus adsignatus est locus, aut in totum aut pro parte excludantur ab hereditate [7]). Oportet vero et heredem, ad jura obtinenda bonorum possessoris,

10) *Loehr* l. l. nr. 4. p. 233 sqq. — *Savigny* Zeitschr. V. p. 19. 20.

11) Vid. v. c. L. 19. et 22. C. *de jure deliber.* (VI, 30.) (vid. infra Cap. IV. Sect. I. § 696.). — Nov. 118.—Cf. *Hugo* Rechtsgeschichte p. 1127 sq. (Nr. II.) (ed. XI.)

12) *Loehr* l. l. nr. 9. et ib. p. 346 sqq.

§ 620.

1) Dig. (XXXVIII, 15.) *quis ordo in possessionib. servetur.*—§ 1. I. *h. t.* — *Gaji* inst. III, 34—37. Quamobrem recentiores a *necessoria* distinguunt *utilem* B. P. Vid. not. 11.

2) § 1. I. *h. t.* — Cf. infra not. 11. in f.

3) Cf. *Ulpiani* Fr. (XXVIII, 1.) « B. P. datur aut contra tabulas testamenti, aut *adversus tabulas*, aut intestati. » (Vid. et Fr. XX, 14. in f. et *Hugo* R. G. ed. X. p. 528. nr. 2.) — (Fr. XXIII, 6. « Praetor scriptis heredibus *juxta tabulas* b. p. dat. »)—Caeterum hic ordo olim non usquequaque observabatur. Vid. *Gaji* inst. II, 119. 120. « Praetor — scriptis » [scil. inutiliter jure civili] « heredibus se c. tab. testamenti b. p. pollicetur, *si nemo sit ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas.* — — — — Sed — — — — rescripto — — — imp. Antonini significatur, eos, qui sec. tab. testamenti non jure factas b. p. petierint posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.» — Cf. *Schrader* l. l. (§ 619. not. 3.) p. 31. — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVI. p. 214—317. XXXVIII. p. 368 sq. not. 93.

4) Vid. v. c. § 626. 627. 630.; tum vero locum de acq. her. (C. IV. S. I.). de contra tabulas b. p. et de sec. tab. b. p. (C. VI.)

5) Cf. *Hugo* R. G. ed. IX. p. 500. not. 2.

6) § 9. I. *h. t.* — L. 1. § 12. D. *de succ. ed.* (XXXVIII, 9.) — L. 2. pr. § 1. 3. D. *quis ordo in p. serv.* — § 8. I. *h. t.* — L. 1. pr. *de succ. ed.* (XXXVIII, 9.)

7) *Gaji* inst. III, 34.—L. 13. pr. L. 15. in f. D. *de b. p. c. t.* (XXXVII, 4.) — L. 10. D. *de collat.* (XXXVII, 6.) — *Vinnius* ad pr. I. de exher. lib. nr. 7. — *Koch* B. P. p. 227—229. et p. 303—336. — *Loehr* l. l. p. 304 — 332. — *Hugo* R. G. (XI.) p. 605 sqq.—Vid. not. 13.

debito et tempore et modo agnoscere bonorum possessionem; quod si facere aut neglexerit aut non voluerit, jus petendae bonorum possessionis ad eum defertur, qui proximus est ordine [8]), et sic deinceps ad alios [9]). Quemadmodum autem bonorum possessionis agnitio non tollit aut minuit jura heredum civilia [10]): ita nec illius omissione impeditur heres, qui quidem priore loco a Praetore vocatur, quo minus jure civili hereditatem acquirere possit [11]); est enim ejus, qui post illum sequitur, bonorum possessio *sine re* [12]) magis spectans ad futuri juris conservationem, quam ad praesentis acquisitionem [13]). 5) Sunt etiam, qui pluribus in locis vocentur ad bonorum possessionem, hoc pacto, ut, si in altero repudiaverint aut neglexerint bonorum possessionis agnitionem, tamen admittantur in altero, simulatque ad hunc delatum est jus [14]), idemque, quod antea concessum erat, ex integro illis accommodetur acquirendi juris spatium [15]).

§ 621. C) *Edictalis et decretalis bonorum possessio.*

Neque vero silentio praetereundae sunt duae illae pervulgatissimae bonorum possessionis divisiones, altera in edictalem et decretalem, itemque altera in ordinariam et extraordinariam. Et edictalis quidem vocatur, quae simpliciter defertur edicto, ut nihil nisi bonorum possessionis agnitione opus sit ad eam acquirendam, contra vero decretalis, quae non nisi per decretum ex causae cognitione defertur [1]). Hujusque ipsius duplex est species. I) Una earum, quae,

8) *Gaji* Inst. III, 34. 36. 37. (vid. not. 12. et 14.).

9) § 9. I. *h. l.*

10) L. 12. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — *Loehr* l. l. p. 218.

11) L. 91. D. *de reg. jur.* « Quotiens duplici jure defertur alicui successio, repudiato novo jure, quod ante defertur, supererit vetus. » — L. 2. § 21. D. *ad SCt. Tertyll.* (XXXVIII, 17.) — L. 1. C. *de suis et legit.* (VI, 55.) — L. 13. C. *de jure delib.* — *Gaji* inst. III, 34. in f. (vid. infra). — § 1. I. *h. l.* — (Cf. L. 10. D. *de collat.*) — Mos. et Rom. LL. coll. XVI, 3. § *qui sui heredes.* « — — — quibus [jus] bonorum possessionis, *nisi propter praetoriam actionem*, non erat necessarium. » — *Gaji* inst. III, 34. — L. 15. § 1. et 2. D. *de legat. praestand.* rel. (XXXVII, 5.) — Atque hinc est, cur a recentioribus necessaria b. p. separetur ab utili. — Vid. *Koch* B. p. p. 220 sqq. — *Hugo* Rechtsgesch. X. p. 612. (not. 5.)

12) *Ulp.* Fr. XXVIII, 13. « B. p. aut *cum re* datur, aut *sine re*: cum re, cum is, qui accepit, cum effectu bona retineat; sine re, *cum alius jure civili evincere hereditatem possit.* » — — *Ejusd.* XXIII, 6. « — quae b. p. cum re, i. e. *cum effectu*, habetur, *si nemo alius jure heres sit.* » — et XXVI, 8. — *Gaji* inst. II, 148. III, 35—37. — Cf. et L. 12. pr. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII, 3.) — L. 25. C. *de inoff. test.* (III, 28.) — L. 2. D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII, 6.) (not. 15.). — *Hugo* l. l. p. 607. not. 4. — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVI. p. 312 sq. XXXVIII. p. 367 — 371.

13) Cf. *Loehr* l. l. p. 292 — 303.

14) L. 1. § 11. D. *de success. ed.* (XXXVIII, 9.) « — exclusus est tempore aut repudiatione, caeteris defertur: sed — — — poterit — ex sequenti parte succedere ipse sibi. » — Neque vero pugnantia sunt, quae et hoc in loco et alibi (v. c. not. 9.) proponuntur, cum L. 2. D. *si tab. test. nullae* (XXXVIII. 6.): « Emancipatus praeteritus, si contra tabulas b. p. non acceperit, et scripti heredes adierint hereditatem, sua culpa amittit paternam hereditatem: nam quamvis secundum tabulas b. p. petita non fuerit, *non tamen eum Praetor tuetur*, ut b. p. accipiat unde liberi. » Nam cum scriptorum heredum jus non nisi eo perimatur, quod, qui inique exclusi sunt, c. t. b. p. petant, sponte sequitur, ut *tuendi non sint* adversus eos emancipati, qui quidem b. p. ex primo capite sibi delatam non acceperint. — Cf. et *Hugo* l. l. p. 610. not. 3. — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVI. p. 328. — Caeterum is, qui ex ejusmodi causa, quae non potest valere, b. p. agnovit, tamen rem obtinet, dummodo eam ex alia causa obtinere possit. — L. 12. pr. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII, 3.) — L. 5. pr. D. *de B. P. s. t.* (XXXVII, 11.) — L. 1. C. *de his, qui sibi adscr.* (IX, 23.)

15) L. 1. in f. D. *de succ. ed.* — L. 4. § 1. D. *quis ordo in poss. serv.* (XXXVIII, 15.) « Filius non solum si tamquam filius, sed et si tamquam agnatus vel tamquam cognatus ad b. p. vocatur, annuum spatium habet: sicuti [si] pater filium manumisisset, quamvis ut manumissor b. p. accipiat, tamen ad b. p. accipiendam annuum spatium habet. »

§ 621.

1) Vid. L. 1. § 7. D. *de success. ed.* (XXXVIII, 9.) — L. 30. § 1. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — L. 1. § 4. D. *si tab. test.* (XXXVIII, 6.) (not. 3. 4.). — L. 3. § 8. D. *de B. P.* — L. 2. § 1. D. *quis ordo in poss. serv.* (XXXVIII, 15.) — *Loehr* bonorum p. decretalis (Magaz. II. p. 437 sqq.).

licet et hae spectent ad hereditates tuendas, tamen ad missionum in bona genus (§ 156. 157.) potius referendae sunt, ut bonorum possessio, quae ex Carboniano edicto [2]), quae ventris nomine [3]), quae furiosi curatoribus delatae hereditatis causa datur [4]). Quae, quamvis ex diversissimis descendant causis, nec levis inter ipsas appareat dissimilitudo, quod quidem ad singularum attinet vim ac potestatem; tamen eo omnes conveniunt, quod ejusmodi missione impetrata neque heredes fiunt neque bonorum possessores, ut quidem proprie vocantur, adeoque etiam differunt a bonorum possessione sine re, siquidem suo tempore aut adiri hereditatem aut bonorum possessionem admitti necesse sit, ut ipsum acquiratur jus heredis [5]). II) Altera decretalis bonorum possessionis species ad hereditates acquirendas spectat, eas complectens causas, ubi aut in ipsa re inest quaedam dubitatio, quae efficiat, ut non nisi ex causae cognitione res procedat [6]), aut iniquitas tollenda, quae ex juris atque legum stricta observantia oriatur [7]). Cujus quidem decretalis bonorum possessionis hoc etiam proprium est, quod repudiari fere nequeat, siquidem decreto acquiritur jus [8]).

§ 622. D) *Ordinaria et extraordinaria bonorum possessio.*

Ordinaria bonorum possessio ab extraordinaria tribus modis separari solet: aut a causa, aut a vi atque effectu, aut a modo successionis. A causa hoc pacto, ut ordinaria dicatur b. p., quae edicto Praetoris, extraordinaria, quae legibus nititur, iisve juris praeceptis, quae legis vicem obtinent [1]). A vi atque effectu ita, ut ordinariam eam appellemus, quae jus tribuit successionis, extraordinariam, quae non nisi rerum possessionem defert; quem quidem locum, item spectantem ad prius divisionis genus, supra tetigimus (§ 621. not. 2 — 5.). Denique a modo successionis ordinariam vocamus, quae ad consuetum edicti ordinem defertur, contra vero extraordinariam, quae ab illo aliquatenus recedit, eo potissimum, quod, incurrentibus quibusdam aut personis aut temporibus, vel simul cum his, qui alioquin certo in ordine soli vocati sunt, vel etiam ante illos aliis detur bonorum possessio [2]).

2) L. 1. § 4. D. *si tab. test.* rel. (XXXVIII, 6.)— Caeterum de Carboniano edicto, ejusque et causa et vi atque effectu, aliis in locis dicendi occasio data nobis est. (§ 156. not. 11. et § 518. not. 15.).

3) L. 30. § 1. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — Cf. supra § 518. not. 14. 16. 17.

4) Cf. § 156. not. 12. et infra not. seq.

5) L. 3. § 15. D. *de Carbon. ed.* (XXXVII, 10.)— L. 7. § 5. C. *de cur. fur.* V, 70. («Sin autem resipuerit, et ea admittere noluerit.») — *Loehr* Magaz. II. p. 450 sqq. — *Foerster* de b. p. liberor. praeter. c. t. parent. p. 215 sqq. p. 253 sqq.

6) V. c. a) L. 14. § 1. D. *de b. p. c. t.* (XXXVII, 4.) — L. 4. D. *de conjung. cum emancip. liber.* (XXXVII, 8.)— L. 6. D. *si tab. test.* rel. (XXXVIII, 6.) (*Loehr* l. l. p. 441 sqq.—*Schilling* Bem. üb. R. G. p. 206 sqq.).—b) L. 1. § 1. D. *ad SCt. Tertyll.* (XXXVIII, 17.)

7) L. 84. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)—L. 4. inf. L. 5. D. *de b. p. c. t.* (XXXVII, 4.) — L. 12. D. *de Carbon. edicto*, (XXXVII, 10.)

8) L. 1. § 7. D. *de succ. ed.* «Decretalis b. p. an repudiari possit, videamus. Et quidem diebus finiri potest; sed repudiari eam non posse, verius est, quia nondum delata est, nisi cum fuerit decreta. Rursum, posteaquam decreta est, sera repudiatio est: quia, quod adquisitum est, repudiari non potest.»

§ 622.

1) Vid. § 619. not. 8. — § 7. I. *h. t.* — Ejusmodi b. p. exempla vid. a) L. 2. § 9. D. *ad SCt. Tert.* (XXXVIII, 17.)—b) § 2. I. *de success. libert.*

2) Velut a) ea b. p., quae patronis aut matri datur una cum defuncti liberis (not. 1. a. b.); — b) ea, quae decem personis defertur (§ 3. 4. I. *h. t.*, infra § 627.), tum, quae emancipatis datur filiis ordinandae gratia (L. 8. pr. D. *de inoff. test.* (V, 2.) vid. infra loc. de inoff. test. C. VI.), et si quae sunt aliae ex eo genere; vid. v. c. L. 2. § 15. 16. D. *ad SCt. Tert.*—*Loehr* l. l. p. 232—234.

§ 623. VII. *De plurium legum, in diversis locis obtinentium, circa hereditarias causas discrepantia.*

Quoniam de universo hujus quaestionis genere fusius supra disputavimus (§ 72. 73.), hoc quidem in loco sufficiat, ut ea, quae proprie pertinent ad hereditarias causas, sine copiosa argumentorum tractatione breviter complectantur. Jam vero hoc tamquam principium ponendum, ut quae ad universum jus successionis spectant, aut ex defunctorum persona aut ex universo testamentorum jure dijudicentur, contra vero, quae ad singulas res vel causas, ea regantur ex singulorum locorum legibus (§ 72. not. 4. et 7.), hoc pacto, ut rerum acquirendarum ratio ad ejus loci leges, ubi sitae sunt, referanda, obligationum et actionum jus atque usus ex iis legum praeceptis aestimanda sint, quae etiam vivo defuncto hisce causis maxime convenerint (§ 73.) Universo autem successionis juri ea adsignanda sunt, quae et causas attinent deferendarum hereditatum quaeque ex his proxime pendent (§ 613.), et personas, cum defunctorum tum heredum, et ordinem modumque successionis, denique acquirendarum hereditatum rationem, tum etiam acquisitarum vim atque effectum; reliqua vero omnia in singularum causarum numero habenda. Igitur I) jus successionis ab intestato, cum universim tum qua spectat ad ordinem ac modum successionis, ex iis legibus judicetur, quae in defuncti personam, eo tempore, quo mortuus est, convenerunt [1]), id est, aut ex domicilii jure, aut, si nullum ille habuit domicilium, ex ejus loci, quo vita functus est [2]), aut ex eo, cui propter privilegium subjectus erat defunctus [3]), scil. nullo rerum immobilium habito discrimine [4]). Quodsi aut de singulis rebus acquirendis quaeritur, aut singularis successionis ratio certis rerum generibus constituta est, velut in feudis, jura rerum sitarum per omnia spectanda erunt (§ 72. not. 7. in f.). II) Testamentariae successionis jus eo continetur, ut forma quidem testamentorum ad ejus loci jura, ubi conditur testamentum, dirigenda atque aestimanda (§ 73. not. 10 — 13.) omnis vero reliqua hujus juris quaestio ex iis legibus, quibus ipse obedire necesse habuit defunctus, plerumque dijudicanda sit, velut testamentifactio, et activa et passiva, ut vocant, tum jus successorum necessariorum, et si quae sunt alia, quae ad universitatem successionis referri conveniat (§ 72. not. 7. § 73. not. 9.). Quid? quod etiam successio in singulares res, quod quidem attinet ad legandi formam, ad camve quaestionem, num sit testamenti factio cum iis, qui eo modo succedant, similiter pendet ex universo testamentorum jure (§ 613.). Quemadmodum autem singulae res non acquiruntur, nec heredi, nec iis, qui singulatim succedant, nisi ex earum legum auctoritate, quae scripta sunt his rebus [5]): sic nullam esse testatori statuendi facultatem de iis bonis, quibus singularis aut lege constituta est successionis ratio, sponte intelligitur.

§ 623.

1) *Glück* Intestaterbfolge (ed. 2.) p. 159 — 161.

2) *Glück* l. l. p. 166. sq. (cf. supra § 195. in f.)

3) *Pufendorf* obs. Jur. univ. I, 27. — *Koch* success. ab intest. (ed. 8.) p. 35 sqq. — *Glück* l. l. p. 165. sqq.

4) § 72. not. 7. add. *Pufendorf* obs. I, 28. — *Glück* l. l. p. 162—164.

5) Caeterum earum quoque rerum, quarum commercium non habet heres, tamen, cum per universitatem ad eum transeant (L. 62. D. *de a. r. d.* XLI, 1.), pretium sibi recipere potest, quippe quod simili in causa etiam legatariis tribuitur: L. 40. D. L. 114. § 5. D. *de leg.* I.

CAPUT III.

DE DEFERENDIS HEREDITATIBUS.

SECTIO I. DE HEREDITATIBUS AB INTESTATO DELATIS.

S. Stryck Tr. de successione ab intestato (opp. praest. T. IV.). — *J. C. Kochii* successio ab intestato civilis (ed. 8.). Giess. 1798. 8. — *G. Hugo* comment. de fundamento successionis ab intestato ex jure rom. antiquo et novo. Goett. 1785. — *C. F. Glück* Erört. d. Lehre von d. Intestaterbfolge. Erl. 1803. — Ed. 2. ib. 1822. 8. — *Rosshirt* Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestat-Erbrechts. Landsh. 1831. 8.

§ 624. I. *Generaliora hujus doctrinae praecepta.*

Intestatus dicitur decessisse, qui aut omnino testatus non est, aut cujus testamentum vel jure non valet, vel exitum nullum habuit [1]).Omnis autem de intestatorum successione disputatio tribus his absolvitur quaestionibus: quis succedat, quo ordine, et quo modo succedatur? I) Prima igitur quaestio est de *jure sucessionis*. Idque plerumque pendet ex cognatione, hoc pacto, ut adfinium, praeter ipsos conjuges, nulla sit legitima successio [2]). Quoniam tamen ab hac regula nonnumquam receditur, ut in conjugum, ut in fisci, ut in aliorum, qui minime habentur in cognatorum numero, legitima successione (§ 636. 637.), ideo recentiores bifariam dividunt successionem ab intestato, quarum alteram, quae jure cognationis nititur, ordinariam, alteram, quae aliis ex causis defertur, extraordinariam vocant. Quod vero praeterea a multis statui solet: jura ab intestato succedentium esse reciproca [3]), id nec usquequaque verum est [4]), nec quidquam pertinere potest ad ordinem successionis. II) Deinde quaeritur de ordine succedendi. Qua in re, quod quidem attinet ad cognatorum successiones legitimas, classes s. ordines distinguuntur a gradibus cognationis. Et classis quidem sive ordo serie continetur personarum inter se ita conjunctarum, ut, quamdiu ex ea aliquis supersit, nec ad quemplam ex inferioribus classibus deferatur successio [5]), nec plerumque ad eos perveniat hereditas, quibus extra ordinem succedendi jus est [5a]). Denique III) quod ad modum attinet successionis, vel ex asse succeditur [6]), vel ex parte, idque ita, hereditatis divisio fiat aut in capita sive in viriles partes [7]), aut in stirpes s. ex stirpibus [8]), aut in lineas, ut ajunt [9]), aut certae ex hereditate partes eaeque legibus definitae successoribus

§ 624.

1) Pr. I. *de hered., quae ab int. deferuntur.* — L. 1. pr. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) — L. 8. C. *commun. de successionib.* (VI, 59.) (cf. § 617. not. 1.).

2) L. 3. et 7. C. *commun. de succ.* — Cui contraria non est L. 5. C. *eod.* — Cf. *Voet* in Pand. tit. ad SCt. Tert. Nr. 2. — Vid. not. 5. et cf. § 209. not. 4.

3) Repetunt vulgo ex Nov. 89. c. 13.

4) *L. G. Madihn* Miscellen aus allen Theilen d. Rechtsgel. I. (Breslau 1815.) Nr. 27.

5) *Theophili* paraphr. Inst. III. Tit. VI. § 11.

5a) Excipitur conjugis inopis successio (§ 636.), quae quidem exceptio et ad alias regulas pertinet (not. 2. et 4.).

6) L. 3. § 10. D. *de suis et legit. her.* (XXXVIII, 16.)

7) *Gaji* inst. III, 16. — *Ulpiani* Fr. XXVI, 4. — L. 2. § 2. D. *de suis et leg. her.* — Nov. 18. c. 3. in f. — Cf. *de Buchholtz* jurist. Abhandl. p. 394 sqq.

8) § 6. I. *de hered., quae ab int. defer.* — § 16. *eod.* — L. 2. C. *de suis et legit. her.* (VI, 55.) — Cf. *Glück* l. l. § 35. — *Hugo* heut. R. R. § 168. not. 2.

9) Vid. Nov. 118. c. 2. «—hereditas dividatur, ut dimidiam partem omnes paterni ascendentes, quotcunque illi sint, accipiant, reliquam vero dimidiam

deferantur [10]). Fieri etiam potest, ut propter plures cognationis conjunctiones plures ad aliquem deferantur hereditatis portiones [11]).

§ 625. II. *Historica hujus rei ratio*, A) *ex jure antiquo civili.*

« Intestatorum hereditates ex Lege duodecim tabularum primum ad suos heredes [1]) pertinent » [2]); quorum in numero et postumi sunt, qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus forent, et qui post patris mortem ab hostibus revertuntur, scil. jure postliminii [3]). Est autem hic succedendi modus, ut, si soli adsint primi gradus liberi in capita, sin inferioris gradus, in stirpes dividatur hereditas [4]). Secundo loco vocantur, qui proximi sunt inter agnatos, i. e. consanguinei, et post illos, qui prae caeteris communi appellantur agnatorum nomine [5]); quae in re invaluit, ut non ultra consanguineas foeminae admitterentur ad legitimas hereditates [6]). Inter plures autem, qui eodem sunt gradu, in capita dividitur hereditas [7]). Neque vero successio est in agnatorum ordine, hoc pacto, ut, licet is, qui proximior fuit eo tempore, quo mortuus est defunctus, vel omiserit hereditatem vel antequam eam adiret decesserit, tamen ad remotiores nihil juris pertineat [8]); quod quidem vulgo sic interpretantur, quasi omnino in legitimis hereditatibus prorsus nulla admissa fuerit aut ordinum aut graduum successio [9]). Tertio loco, si agnatus non est, qui hereditatem

ascendentes materni, quotcunque eos inveniri contigerit.» — *Glück* l. l. § 36. — *Hugo* l. l. not. 1.

10) a) § 5. I. *de SCto Tertyll.* — b) Nov. 89. c. 12. § 4. — c) Nov. 117. c. 5.

11) Cf. § 207. not. 1. — Vid. a) L. 2. § 19. D. *ad SCt. Tertyll.* (Cf. § 628.) — Vid. tamen et b) Nov. 118. c. 3. in f. — *Glück* l. l. § 41. in f. et infra § 635. in f.

§ 625.

1) Vid. § 563. in f. (nr. 4.). — L. 13. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) — *Glück* l. l. § 55—57. — Add. *Ulpiani* Fr. XXIII. § 3. — L. 13. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII, 3.) — L. 7. 8. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.) — Vid. *Foerster* de B. P. liberor. praeterit. p. 27 — 39. p. 93—106. — *Dirksen* Beitr. z. Kunde des R. R. p. 249. not. 3. a. — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. p. 135.

2) § 1. I. *de hered., quae ab int. defer.*

3) § 2. in f. § 4. I. *de her., quae ab int. def.* — § 5. *eod.*

4) § 6. I. *de her., quae ab int. defer.*

5) Pr. I. *de legit. agn. tut.* — L. 1. § 9. L. 2. pr. D. *de suis et legit. hered.*

6) *Gaji* inst. III. § 14. et 23. (vid. et § 18. ibid.). — *Ulp.* Fr. XXVI. § 6. Et uterque ita loquitur de foeminarum ultra secundum gradum exclusione, quasi ex lege XII tabb. introducta sit. Sed. vid. L. 14. pr. C. *de legit. hered.* (VI, 58.) « Lege XII tabb. bene humano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus, quam in foeminis legitimis — — observandam esse existimavit, nullo discrimine in successionibus habito — . Sed posteritas, dum nimia utitur subtilitate, non piam induxit differentiam, *sicut Julius Paulus in ipso principio libri singularis, quem ad SCt. Tertullianum fecit, apertissime docuit.* » — *Paulli* sent. rec. IV, 8. § 22. « Foeminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur: idque jure civili *Voconiana ratione* videtur effectum.» — Praeterea Theophilus: discrimen illud inter foeminas et mares non esse inventum lege XII tabb. aperte dicit (Inst. III. Tit. 2. § 3.). Quodsi his conjungamus, quae veteres scriptores habent de lege Voconia [v. c. *Cic.* de republ. III, 10. in *Verrem* Lib. I. Act. II. c. 41—43.) (« — qui post eos censores census esset, ne quis heredem mulierem, neve virginem faceret »), — de finib. II, 17. — Ascon. Paed. in orat. Verrin. I, 41. — *Gaji* inst. II, 274. — *Augustin.* de civit. dei III. 21.], majoribus etiam res implicatur dubitationibus. Quare fieri non potuit, quin varie hac de re sentirent interpretes. — Cf. *Jac. Perizonii* D. de lege Voconia (in Dissert. Triede, Daventr. 1679. p. 99 sqq.). — *Hugo* de fundam. succ. ab int. § 6 sqq. civ. Mag. II. p. 110 sqq. (ed. I). — *Id.* R. Gesch. p. 258 sqq. (ed. XI.) — *de Savigny* in d. Abhandl. d. Berlin. Akad. v. J. 1820. p. 209 sqq. — *Schrader* in Gaji Inst. (ephem. Heidelb. de 1823.) p. 13 sqq. — *Zimmern* in ephem. Tub. III. p. 13 sqq. — *Hasse* Rhein. Mus. III. p. 183 sqq. — *Auctoris* comm. *Glueckii* contin. XXXVI. p. 166 sqq. et inprimis not. 65.

7) *Gaji* inst. III. 16. — *Ulpiani* Fr. XXVI, 4. — § 4. in f. I. *de legit. agn. succ.*

8) *Gaji* Inst. III, 12. (Coll. LL. Mos. et Rom. XVI, 2.) — § 7. I. *de leg. agn. succ.*

9) Scil. propter generaliorem *Paulli* (sent. rec. IV, 8. § 23.) atque *Ulpiani* (Fr. XXVI, 5.) definitionem : in legitimis hereditatibus successioni locum non esse, affirmantium. Sed, licet concedamus, eo sensu accipiendam esse regulam istam, ut ad omnem graduum successionem in utroque, ut suorum et agnatorum, ordine eam referemus : siquidem jam per se et sua natura suorum nulla esse potest successio (L. 1. § 8. D. *de suis et legit. her.* (XXXVIII, 16.) — Cf. L. 4. § 1. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — Vid. *Auctoris* contin. l. l. p. 160 sqq. Nr. C.); tamen nec causarum argumento, quae hac de re proponuntur, convenire, nec vero genti-

accipiat, lex gentiles vocat ad hereditatem [10]). Caeterum si ex numero libertorum est, qui intestatus moritur, item suis primo loco defertur legitima hereditas, dein patrono [11]), qui quidem agnatorum loco est, postremo gentilibus [12]).

§ 626. B) *Ex jure Praetorio.* 1) *Ingenuorum successio, eorum, qui non sunt passi mannumissionem.*

Jam vero Praetores novum introduxerunt ab intestato succedendi ordinem, hoc pacto, ut primo loco liberos vocarent, secundo legitimos heredes, tertio cognatos, quarto virum et uxorem [1]). Et 1) prima quidem B. P. appellatur *unde liberi* [2]); quorum in numero et primi et ulterioris gradus liberi habentur, itemque tam sui quam emancipati, adoptivi quoque, hi scil., qui aut emancipati sunt a patre adoptivo [3]), aut ab avo patreve adoptantur, quippe qui in aliena familia esse non videantur [4]). Quos omnes Praetor suorum loco habet [5]); unde sponte sequitur, hanc B. P. ad mulierum hereditates pertinere non posse, non magis quam eam, quae contra tabulas datur [6]). Caeterum exemplo legitimae successionis hereditas dividitur, ita ut nepotes defunctorum parentum partem accipiant [7]). In hoc tamen a civilis juris ratione receditur, quod una cum emancipatis et horum ipsorum liberi, qui quidem in avi potestate remanserunt, in dimidiam hereditatis partem admittuntur [8]), scil. ex nova clausula [9]). Quemadmodum autem in suorum ordine nulla est graduum successio (§ 625. not. 9.): sic nec in iis, quos Praetor suis adnumerat [10]). 2) Secunda est B. P. *unde legitimi* [11]); quae quidem cum ad suos heredes pertinet, qui ex prima parte edicti non agnoverunt B. P. [12]), tum vero ad reliquos, quos etiam lex s. SCtum vocat ad legitimam successionem [13]). Item Praetor et in dividenda hereditate, et in graduum successione excludenda juris civilis rationem sequitur [14]), ut, si is, qui proximus est

tiliae successionis ratio ferre posse videtur, ut et ad ordinum successionem eandem trahamus. — Cf. *Schulting* in not. ad *Ulpian*. XXVI. § 1. et, sis, *Auctoris* comment. de veter. Romanor. gentib. et famil. § IX. — Dissent. *Schilling* Bem. üb. R. G. p. 81 sq. not. 197., qui etiam ad *Gaji* inst. III, 9., *Ulp*. XXVI, 1. et Coll. Tit. XVI. § 2—4. suae confirmandae sententiae causa provocat. — Cf. et *E. Huschke* (Studien d. R. R. I. p. 140. not. 5.), qui quidem illud: in jure civili non esse successionem, naturali rationi vel maxime esse conveniens sibi persuasum habet.

10) *Gaji* inst. III, 17. — *Ulp*. in Coll. LL. Mos. et Rom. XVI, 4.

11) *Gaji* inst. III, 40. — *Ulp*. Fr. XXVII, 1. XXIX, 1. — Pr. Inst. *de succ. lib.* — *Unterholzner* Zeitschr. f. hist. R. W. V, Nr. II. et ibi § 4. (p. 31—55.).

12) *Cic.* de or. I, 39. (« —— eum — ab liberti filio — Claudii patricii — hereditatem gente ad se rediisse dicerent »). — *Huschke* Studien etc. p. 134—156.

§ 626.

1) L. 1. § 1. D. *si tab. test. nullae extab.* rel. (XXXVIII, 6.)

2) Dig. (XXXVIII, 6.) *si tab. test. nullae extabunt unde liberi.* — Cod. (VI, 14.) *unde liberi.*

3) L. 6. § 4. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — L. 4. D. *si tab. test. nullae* rel. — § 10. I. *de succ., quae ab intest.* — Neque contrariae sunt L. 1. § 14. et L. 5. pr. D. *de collationib.* (XXXVII, 6.), quippe e L. 3. § 7. 8. et L. 21. § 1. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) maxime explicandae (vid. not. seq.).

4) L. 3. § 7. 8. L. 21. § 1. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) (cf. scriptores not. seq. laudd.).

5) § 3. I. *de bon. poss.* — L. 6. § 1. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.) — Vid. v. c. L. 3. L. 6. L. 7. L. 21. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — Cf. *Foerster* de bon. poss. c. t. *rel.* p. 154—200. — *Fritz* in *Grolmani Loehrii*que Mag. IV. Nr. XIII.

6) L. 4. § 2. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.)

7) L. 1. § 1. D. *de B. P. c. t.* — L. 1. C. *h. t.* — L. 11. § 1. D. *de B. P. c. t.*

8) L. 1. pr. D. *de conjungend. cum emancipato lib.* (XXXVII, 8.) — L. 15. § 3. D. *de B. P. c. t.*

9) L. 3. in f. D. *de conjung. cum emanc. lib.*

10) L. 4. § 1. D. *de B. P. c. t.* — Cui contraria non est L. 5. § 2. D. *si tab. test. nullae* rel. quippe explicanda ex edicti nova clausula.

11) Dig. (XXXVIII, 7.) et Cod. (VI, 15.) *unde legitimi.* — Tit. Inst. *de legit. agn. succ.*

12) L. 2. pr. D. *h. t.* — L. 1. § 11. D. *de succ. edicto.* (XXXVIII, 9.)

13) L. 2. § 4. D. *h. t.* (Cf. *Gaji* inst. III, 29. et § 3. I. *de legit. agn. succ.*)

in legitimorum ordine, non accipiat bonorum possessionem, jus deferatur 3) ad eos, qui *unde cognati* bonorum possessionem petere possunt [15]). Vocantur igitur in hoc ordine, qui cognationis vinculo juncti sunt defuncto, hi quoque, qui in adoptionem dati sunt, qui quidem cognationis jura et retinent in naturalis patris familia, et in adoptiva familia nanciscuntur, hoc pacto, ut eorum fiant cognati, quibus agnationis jure conjunguntur [16]). Jam vero, cum proximior quisque cognatus remotiori antecedat, sequitur, ut, qui ex superioribus ordinibus etiam inter cognatos proximum obtinent locum, rursus admittantur ad bonorum possessionem, adeoque sint, qui tribus in locis vocentur [17]). Atque in hoc demum ordine locus est graduum successioni [18]), eatenus tamen, ut non ultra sobrinos, eosve, qui a sobrinis nati sunt, admittantur [19]). His itaque non existentibus, aut legitimam hereditatem repudiantibus, bonorum possessio peti potest 4) *unde vir et uxor* [20]); quae tamen, ut locum habeat, et justum sit matrimonium, et mortis tempore etiam duraverit, necesse est [21]). Et hae quidem bonorum possessiones ad ingenuorum hereditates pertinent.

§ 627. 2) *In manumissorum bona successio* (*).

Quodsi libertus est, qui moritur, tum Praetor adversus scriptos heredes, cum extraneos tum etiam suos, qui quidem adoptione in suorum locum venerunt, dat patrono contra tabulas B. P. in dimidiam hereditatis partem [1]). Intestati autem liberti bonorum possessio [2]) hoc ordine defertur, ut primo quidem vocentur liberi, tum vero uxor in manu; quo in loco item patronus una cum suis, non naturalibus illis, in dimidiam bonorum partem admittitur [3]); dein legitimi, i. e. patronus ejusque liberi, scil. post suos heredes defuncti, quippe qui rursus hoc in ordine vocantur [4]). Tertio loco Praetor vocat liberti cognatos, quarto patroni agnatos [5]), quinto patroni patronum [6]), sexto virum aut uxorem, septimo cognatos patroni [7]).

§ 628. C) *Hujus juris immutationes, quae quidem novissimas de ea re sanctiones praeiverunt : 1) Ex SCto Tertylliano et Orphitiano.*

Cum ex eo jure, quod hucusque exposuimus, patres et quasi patroni et cogna-

15) § 7. I. *de legit. agn. succ.* (cf. *Gaji* inst. III, 28.). — Dig. XXXVIII, 8.) et Cod. (VI, 15.) *unde cognati.*—Tit. Inst. *de success. cognat.*

16) L. 1. § 4. D. *h. t.*—§ 4. I. L. 2. D. *h. t.*—L. 4. D. *h. t.*

17) L. 1. § 11. D. *de succ. ed.* — L. 4. § 1. D. *quis ordo in poss. servetur.* (XXXVIII, 15.)

18) L. 1. § 10. D. *de succ. ed.* (XXXVIII, 9.) — Caeter. vid. L. 2. *eod.*

19) L. 1. § 3. D. § 5. in f. I. *h. t.*

20) Dig. (XXXVIII, 11.). Cod. (VI, 18.) *unde vir et uxor.*

21) L. un. D. *h. t.*

§ 627.

(*) *Huschke* Studien des Röm. Rechts p. 25—167.

1) *Gaji* inst. III, 40. 41. — *Ulpiani* Fr. XXIX, 1. —Pr. et § 1. I. *de succ. libert.*—L. 1. D. *de bonis libert.* (XXXVIII, 2.) — *Loehr* Mag. III. p. 261 — 280.—*Unterholzner* in Zeitschr. f. hist. R. W. V. Nr. 11. p. 84—101. (§ 7.).

2) De qua vid. *Ulp.* Fr. XXVIII, 7. — § 3. I. *de B. P.* — *Goeschen* üb. die B. P. libertini intestati (civilist. Mag. IV. Nr. 12.). — *Unterholzner* l. l. p. 55—84. (§ 5.). — *Huschke* Studien p. 58—135. (Nr. B—D.).

3) § 1. *de succ. lib.*

4) Cf. pr. I. *de adsignat. libert.*—L. 1. § 11. D. *de succ. ed.* — Caeterum extraneo manumissori etiam praeferuntur decem personae, i. e. « pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni; item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia; frater, soror. » —§ 3. I. *de B. P.*

5) *Ulpiani* Fr. l. l. « quarto familiae patroni ». — § 3. I. *de B. P. Quinto* (vid. not. 4. in f.) tum qua (leg. *quem*; cf. et L. 4. D. *unde legit.*) ex familia.—*Huschke* l. l. p. 95—114. (C.).

6) Vid. Coll. LL. Mos. et Rom. XVI, 9.—*Huschke* l. l. p. 59 — 94. (B.). — Cf. *Goeschen* l. l. p. 300 sqq., inprimis p. 317. et *Unterholzner* l. l. p. 69 sqq.

7) *Ulp.* l. l. « cogn. manumissoris, quibus per Legem Furiam plus quam mille asses capere licet ;

tionis jure ad liberorum hereditates admitterentur [1]), matres vero non nisi inter cognatos [2]), postea quidem matribus quoque prospectum est, primo D. Claudii indulgentia [3]), deinde SCti Tertylliani sanctione [4]), qua cautum est, ut matres, jus liberorum habentes, ad bona liberorum admitterentur intestatorum mortuorum, sic tamen, ut ipsis praeferrentur et qui a defunctis nati essent, et patres [5]) iliorum, et fratres consanguinei. Quod jus constitutionibus aliquantum immutatum denique a Justiniano hoc modo definitum est, ut simul cum fratribus ac sororibus ad legitimam filiorum filiarumve successionem mater perveniret, ita quidem, ut, si cum solis sororibus concurreret, dimidiam hereditatis partem acciperet, sin etiam fratres existerent, in capita divideretur hereditas [6]). Atque ex simili ratione etiam descendit Orphitianum SCtum [7]), quo filii atque filiae, et ex matrimoniis nati et vulgo quaesiti, ad matrum legitimas hereditates vocantur; idque postea constitutionibus etiam ad aviarum successiones porrectum est [8]). Caeterum regula invaluit, ut, quae novis legibus deferrentur hereditates, eae capitis deminutione, scil. minima non perimerentur [9]).

§ 629. 2) *Reliquae immutationes, memoratu maxime dignae* (*).

Reliquae juris hereditarii veteris immutationes, vel ad superioris inferiorisve gradus cognatorum, vel ad eorum, qui ex latere junguntur, vel ad patronorum successiones referendae sunt. Jam vero I) quae de liberorum hereditatibus hactenus dicta sunt, de iis intelligi debent liberis, qui, sui juris facti, suam sibi pecuniam habere poterant [1]). At labefactata est veteris juris ratio variorum peculiorum jure (§ 564 sqq). Quae, cum primum jure peculii sibi vindicarent patres, nisi de castrensi peculio testamento statuisset filius [2]), postea obtinuit, ut in liberorum peculia, ea quidem quae a patribus non essent commissa filiis, jus esset ab intestato succedendi, velut in sui juris hominum bona [3]). Idque jus, cum antea de eo varie constitutum esset [4]), Justinianus, maximam partem secutus Leonem, hoc modo definivit, ut parentes et per liberos defuncti et per ejusdem fratres ac sorores excluderentur,

et si nemo sit, ad quem h. p. pertinere possit, —— populo bona deferuntur ex Lege Julia caducaria.» —*Huschke* l. l. p. 114—121.

§ 628.

1) § 8. I. *de legit. agnat. succ.* — L. 10. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) — *C. Witte* D. de luctuosis hereditatibus. (Vratisl. 1824.) p. 14 sq.

2) Pr. I. *de SCto Tertyll.* (III, 3.). — Caeter. vid. *Gaji* inst. III, 14. — *Ulp.* Fr. XXVI, 7.

3) § 1. I. *de SCto Tert.* — Vid. *a Costa* ad h. §.

4) Dig. (XXXVIII, 17.). — Cod. (VI, 56.) *ad SCtum Tertyllianum.*

5) Caeter. vid. L. 3. D. *h. t.*

6) § 2 — 5. I. *h. t.* (cf. L. 1. et 2. Th. C. *de legit. heredit.* V, 1.).—L. ult. C. *ad SCt. Tertyll.* (VI, 56.) — *Loehr* Magaz. IV, 8

7) Inst. (III, 4.). — Dig. (XXXVIII, 17.). — Cod. (VI, 57.) *ad SCt. Orphitian.*

8) Pr. at § 1. et § 3. I. *h. t.* (III, 4.)

9) § 2. I. *eod.* — L. 11. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) — L. 1. § 8. D. *h. t.* — L. 7. pr. D. *de cap. min.* (IV, 5.)

§ 629.

(*) *Rosshirt* Erbrecht p. 82—279.

1) § 1. I. *per quas pers. nob. acquir.* — L. 2. § 3. D. *unde legit.* (XXXVIII, 7.) — L. 15. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) — *Glück* l. l. § 71.

2) L. 2. L. 17. pr. D. *de castrensi peculio.* (XLIX, 17.)—(cf. § 565. not. 10.). *C. Witte* l. l. p. 4—8.

3) Pr. I. *quib. non permitt. fac. test.* («— Si — intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentem eorum *jure communi* (peculium) pertinebit. » — *Vinnius* ad h. §. nr. 4. —Cf. *Loehr* Magaz. IV. Nr. 7. et *Witte* l. l. p. 9—14. (vid. et not. seqq.)— *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXV. p. 192 sqq. not. 31.

4) L. 10. pr. Th. C. *de mat. bon.* rel. (VIII, 18.) — L. 2. 3. et 4. C. *de bon., quae liberis.* (VI, 61.)

5) L. 11. C. *commun. de success.* (VI, 59.) — L. 6. pr. et § 1. C. *de bon., quae lib.* (VI, 61.) — At non penitus esse sublatum vetus jus, etiam affirmat *Loehr.* l. l. p. 107.—Caeter. cf. *eund* in Arch. f. civ. Pr. X. p. 161 — 165. Nr. 1. at inprimis *M. S. Mayer* diss. de hereditate parentis manumissoris.

scilicet usufructu ipsis servato [5]. II) In liberorum ordinc, post varias imperatorum definitiones [6], tandem obtinuit, ut nullum, amplius superesset discrimen inter eos descendentes, qui agnationis, eosque, qui tantum cognationis jure conjuncti essent parentibus [7]. III) Similiter legislatores in corum, qui a latere juncti sunt, ordine prospexcrunt cognatis. Nam cum primum Anastasius imp. sancivisset, ut emancipati simul cum iis, qui in potestate remansissent, ad defunctorum fratum hereditates cum aliqua deminutione admitterentur [8], Justinianus non solum omnem inter illos differentiam sustulit, verum etiam consanguineis aequavit uterinos [9]. Praeterea imperator et foeminas, in quocunque constitutae essent gradu, simul cum maribus ad legitimas vocavit hereditates [10], et inter agnatos quoque graduum esse successionem statuit [11], et utcrinorum tum etiam emancipatorum filios filiasve una cum thiis succedere decrevit [12]. Denique IV) quod ad libertorum attinet hereditates, lex quidem Julia et Papia Poppaea in cjus quoque liberti bonis, qui naturales haberet liberos, pauciores tamen quam tres, tum etiam H. S. centum millia ad minimum relinqueret, virilem partem tribuit [13]. At Justinianus hanc rem ita definivit, ut non nisi post liberti liberos patroni succederent, et, si sine liberis libertus decessisset, intestati quidem omnia bona acciperent, testamento autem ejus liberti, qui centenario major esset, a duabus tantum hereditatis partibus excludi possent [14]. Caeterum ad patroni tuenda successionis jura actiones constitutae sunt, quae ex earum auctoribus vocantur Calvisiana et Faviana [15].

§ 630. III. *Novissimi juris de intestatorum hereditatibus doctrina.* A) *Ordinaria successionis ratio.* *) 1) *De personnis, ad quas spectat jus succedendi.*

Ex novissimi juris et maxime ex Nov. CXVIII. principiis jus succedendi aeque pertinet ad omnes, qui cognationis vinculo conjuncti sunt defuncto [1], non naturali solum, verum et civili, siquidem qui adoptantur vel adrogantur, iis, quibus agnascuntur, etiam cognati fiunt [2]. Quoniam igitur jus succcdendi intestatis totum descendit ex cognatione, nec, quae novis legibus deferuntur heredidates, capitis deminutione tolluntur (§ 628. not. 9.), nisi ubi a civili ratione ipsa profecta est cognatio [3]: sequitur, ut nec emancipatio nec adoptio quicquam valeat ad evertenda legitimae successionis jura, praeterquam si ejusmodi quid diserta

Tub. 1832.—Vid. contra *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXV. p. 319 sqq. (Nr. 2.) et XXVII. p. 356 sqq. (Nr. 3.)

6) Vid. v. e. L. 4. C. *ad SCt. Orphil.* (VI, 57.) — L. 11. C. *de legit. hered.* (VI, 58.)

7) L. 12. C. *de suis et legit. liber.* (VI, 55.) — § 16. I. *de hered., quae ab int. defer.*

8) § 1. I. *de succ. cognat.* (cf. *Theophill.* paraphr. ad h. l.)

9) L. 15. § 1. et 2. C. *de legit. hered.* (VI, 58.)— Cf. *Loehr* Magaz. IV. Nr. 9.

10) L. 14. pr. C. *de legit. hered.*—§ 3. I. *de legit. agn. succ.*

11) § 7. I. *de legit agn. succ.*

12) L. 14. § 1. L. 15. § 3. C. *de legit. hered.*

13) § 2. I. *de succ. lib.* (cf. et *Gaji* inst. III. § 42. et ib. de libertinarum, tum de patronarum successionibus § 43. 47. 49—52.

14) § 3. I. *de succ. lib.* — Cf. *Unterholzner* Zeitschr. f. hist. R. W. V. p. 101 — 110. (§ 8-9.). — *Huschke* Studien p. 25—58. (A.).

15) Dig. (XXXVIII, 5.) *si quid in fraudem patroni factum sit.*—Cf. L. 13. *eod.*

§ 630.

(*) Nov. CXVIII. (de anno 543., *F. A. Biener* Gesch. d. Nov. Justinians. Berl. 1824. p. 523.).—Nov. CXXVII (de anno 547., *Biener* l. l. p. 524.) praef. et c. 1.— *Fr. Ortloff* Justinians neue Verordnungen üb. die Intestaterbfolge, oder Versuch einer Uebersetzung der Nov. CXVIII und der sie betreffenden Stellen der Nov. CXVII. rel. Cob. 1816. — *Rosshirt* l. l. p. 280—414.

1) Praef. et cap. 4. Nov. 118.

2) L. 23. D. *de adopt.* (I, 7.)

3) § 11. 12. I. *de hered., quae ab int. defer.* —L. 3. D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.)

legum sanctione constitutum, nec vero novis legumlatorum decretis sublatum sit [4]). Est autem quod differat inter legitime natos, eosque, qui extra nuptias nascuntur, nec legitimorum jura consecuti sunt. Nam hi quidem et matri et materni generis cognatis plerumque succedunt [5]), non item patri, nisi quod e concubina nati certam paternae hereditatis portionem nonnumquam accipiant (§ 632. not. 5).

§ 631. 2) *De ordine et mode succedendi generatim exponitur.*

Cum de loco quaeritur, quo cuique deferatur successio, in quatuor ordines commode describuntur personae, ad quas spectat jus succedendi [1]). Et primus est ordo descendentium, eorum quoque, qui remotiori gradu descendunt a defuncto, scilicet praemortuis ipsorum parentibus; secundus est ascendentium ordo, quibuscum etiam junguntur fratres germani sororesque, tum liberi eorum primi gradus. In tertio ordine vocantur fratres sororesque ex uno latere juncti eorumve praemortuorum liberi primi gradus; in quarto autem reliqui cognatorum [2]). Jam vero deficientibus his, qui in primo ordine vocantur, i. e. cum aut non existunt aut quacunque ex causa heredes non fiunt, successio defertur ad secundum, et sic deinceps [3]). Atque in cognatorum quidem ordine, qui potior habendus sit, ex gradus proximitate aestimandum est; in reliquis vero ordinibus et remotiores gradu una cum proximioribus admittuntur, sic tamen, ut a parentibus excludantur liberi ipsorum. Quoniam igitur liberi, partem accipiendo, quae ad praedefunctos parentes perventura esset, in horum quodammodo succedunt locum [4]), ideo recentiores jus repraesentationis, quod vocant, effinxerunt, de cujus tamen et notione et indole minime inter se conveniunt [5]). Praeterea haec

4) Qua de re plura dicentur § 632. not. 7. et § 633. not. 2.

5) § 4. I. *de succ. cognat.* (Arch. f. civ. Pr. XII. Nr. XXII. et infra § 632. nr. 5.) — De exceptionib. item vid. § 632. not. 6.

§ 631.

1) Licet enim Justinianus tres distinguat cognatorum ordines, scil. ascendentium, descendentium, eorumque qui ex latere juncti sunt (praef. Nov. 118.), tamen, cum quaeritur, quo ordine quisque vocetur ad successionem (§ 624. II. et *Theophili* paraphr. Inst. III, 6. § 11.), quatuor legitimorum successorum classes constituantur necesse est, quam quidem in ipsa explicanda doctrina primus secutus est *Kochius* succ. ab intest. § 19. — Cf. et *Glück* l. l. § 149. — Caeter. vid. *Heise* Grundr. (ed. III.) p. 165. not. 10. et *Rosshirt* l. l. p. 295 sq. (§ 3.)

2) Quo pertinent versus isti memoriales, quorum quidem auctor adhuc ignoratur (vid. *Glück* l. l. p. 508.):

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius ejus,
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus,
[Hi cuncti (juncti?) in stirpes succedunt, in capita autem
Juncti ascendentes, fratrum proles quoque sola]
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Vid. *Koch* l. l. § 19. — *Hugo* heut. R. R. (ed. VI.) § 170.

3) Arg. § 7. I. *de legit. agn. succ.* — Cf. *Koch* l. l. § 102. — *Glück* § 150. Nr. IV.

4) Nov. 118. c. 1. «— si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios, aut filias, aut alios descendentes, *in proprii parentis locum succedere* — — —, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas» (*vulg.*). — c. 3. » — — fratris aut sororis praemortuorum filii — — quanticunque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. — — — Quandoquidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut *in propriorum parentum succedentes locum* — cum iis, qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocantur.»

5) Cf. *Koch* § 12. — *Glück* § 23 — 25. et § 26. p. 105 sq. (cf. *Rosshirt* l. l. p. 285 sqq.). — Neque vero ulla est causa, cur discrimen hac in re statuatur inter remotiores defuncti descendentes et fratrum filios, quasi hi quidem non aliter accipiant praemortui parentis partem, quam si hujus quoque ipsius heredes facti sint; nam similiter lex utrosque vocat ad successionem (vid. not. 4.). Nec secum ipsi constant, qui, cum altero in loco jus illud non esse repetendum ex parentum persona dixerint, idem tamen in altero ex eo pendere contendant, quod parentum personam sustineant fratrum liberi. Quam quidem inconstantiae culpam contrahit *Glück* § 23. in f. (p. 78.) et § 26. (p. 105.).

etiam observanda : 1) Proximus non utique is est, qui tunc fuit, cum mortuus est paterfamilias, sed qui co tempore, quo certum est intestatum decessisse [6]. Quodsi 2) cuipiam jam delata est successio, isque cum aliis concurrit, nec tamen adit hereditatem, tum, qui ab eo exclusus est, etiam ab illius coheredibus excludetur, scil. jure accrescendi, praeterquam si forte transmissionis jure in ejus locum, qui ipsum antecedit, succedere possit [7]. 3) Sin solus invenietur heres, qui prior vocatus est, tum, illo non adeunte hereditatem, semper successio ad eum deferetur, qui in eodem ordine sequitur, ut in unoquoque graduum successioni locus sit [8]. 4) Omnino autem ut aliis obstare aliquis possit, necesse est, tum, ut in vivis aut saltem in utero fuerit eo tempore, quo paterfamilias moreretur [9], siquidem alioquin nullo defunctum cognationis jure tetigit [10], tum vero talis sit, qui non arceatur a defunctorum successionibus [11]. Caeterum 5) ex quo tempore aestimanda est proximitas, ex eo definiatur quoque oportet, quomodo hereditatis flat divisio [12].

§ 632. 3) *Singuli legitimorum successorum ordines.* a) *Descendentium ordo* (*).

Succedunt 1) utrique parenti liberi, qui ex justo matrimonio nati sunt, sive in sacris paternis constituti sive emancipati, cujuscunque sint aut sexus aut gradus. Habentur etiam in legitimorum numero tum qui ex putativo matrimonio, quod vocant, procreati sunt [1]), tum vero legitimati, sive matrimonio posthac inter parentes celebrato, sive per rescriptum legitimi facti sint [2]).

6) L. 2. § 6. D. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16.) —§ 7. I. *de hered., quae ab int. defer.* — L. 2. § 5. D. *de suis et legit.* (§ 6. I. *de legit. agn. suee.* «—in quo spatio temporis saepe accidit, ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus»). —Caeterum absenti, de cujus aut morte aut vita nihil certi constat, ex eo tempore succeditur, quo mortuum eum esse ex juris judicisve auctoritate statuitur. Cf. supra § 180 et *Koch* l. l. Auctarium II. p. 223 sqq. (« Utrum absentium successio fiat ex nunc an ex tunc. ») — *Cropp* in *ej.* et *Heise* jurist. Abh. II. Nr. IV. et V.

7) Arg. L. 9. D. *de suis et legit. her.* — § 9. I. *de B. P.* — L. 3. § 9. L. 4. L. 5. D. *eod.* (XXXVII, 1.) — L. 15. § 3. C. *de legit. hered.* (VI, 58.) — *Glück* § 150. in f. et ibi not. 18. — Cum aliis dissentit *Francke* Beitr. zur Erläuter. einzelner Rechtsmaterien I. Nr. VIII. (p. 167 sqq.), maxime propter L. 2. § 18. D. *ad SCt. Tertull.* (XXXVIII, 17.) Quo tamen loco, ni admodum fallimur, nostra sententia magis confirmatur, quam refutatur. Nam per SCtum Tertullianum extraordinaria quadam ratione, nec nisi causa cognita matri succursum est (cf. § 2. 3. I. *de SCto Tertull.*); unde nec pure delatum esse jus dici poterat, antequam recte constaret, neminem adesse, qui matris *ex SCto* succedendi jus excluderet (cf. supra § 622. in f. et not. 7.). Cui conveniens est, quod dicitur d. L. 2. § 18. D. *ad SCt. Tert.*: «*quamvis alias non soleat mater expectare consanguineam, velit nec ne odire hereditatem, nunc tamen expectaturam;* consanguinea enim est, quae *patrem* excludit. Repudiante igitur consanguinea, bonorum possessionem habebit mater cum patre » [sc. aut in adoptionem dato, aut emancipato], « quasi cognata; *sed et in hac moram patietur, nec ante accipiet bonorum possessionem, quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex SCto succedere.* »

8) *Koch* B. P. p. 285 sqq. et p. 447 sq. — Caeterum propter priorem regulam (not. 7.) fieri potest, ut, qui exclusus est a proximiore, hoc quidem non adeunte hereditatem, etiam excludatur ab iis, quibuscum, illo non obstante, simul vocatus fuerit ad successionem. — Vid. *Voet* ad Pand. XXXVIII. 17. § 3. et *Glück* l. l. § 151. et 152.

9) L. 1. § 8. D. *unde cognati.* (XXXVIII, 8.) — L. 8. § 1. D. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16.)

10) L. 1. § 8. D. *unde cogn.* (« Sed hoc ita demum erit accipiendum, si hic, qui in utero esse dicitur, vivo eo, de cujus b. p. agitur, fuit conceptus : nam si post mortem, neque obstabit alii, neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax [*animal*, animans] fuerit. ») L. 6. 7. 8. D. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16.) — § 8. I. *de hered., quae ab. int. defer.* (cf. § 618. nr. 1. — Caeter. dissent. *Glück* § 153. p. 583—586.).

11) *Koch* l. l. § 20. Nr. IV. (cf. supra § 618.). — Secus est, si is sit legitimus successor, a quo, cum ipse nihil capere possit, extra ordinem bona deferantur ad alium, qui velut succedat in illius locum, v. e. ad fiscum. Vid. *Glück* § 29.

12) *Glück* § 38. et infra § 635. not. 8. in f.

§ 632.

(*) Nov. 118. c. 1.

1) c. 2. et 15. X. *qui fil. sint. legit.* (IV, 17.) cf. § 506. not. 5. in f. et quod ad liberos attinet ex sponsa natos § 508. not. 8. et *Glück* l. l. § 155. et *Uchlein* Arch. f. civ. Pr. XIII. Nr. VI.

2) L. 10. C. *de natural. liber.* (V, 27.) — Nec

2) Adrogati, tum in plenam adoptionem dati adoptivo patri succedunt, non item ejus uxori [3]), rursus vero succedunt matri naturali, non item patri [4]). 3) Qui non ex justis matrimoniis nascuntur, plerumque matri tantum succedunt hujusque ipsius parentibus [5]), praeterquam quod ex concubinatu procreati una cum eorum matre duas ex paterna hereditate uncias accipiant, dummodo nec legitimam sobolem, nec justam uxorem pater reliquerit [6]). At nulli parentum succedunt, qui « ex complexibus — aut nefariis, aut incestis, aut damnatis » nascuntur [7]). Jam vero quod ad ordinem attinet succedendi, remotioris gradus descendentes una cum thiis vocantur, dummodo nemo eos in eadem stirpe antecedat. Ipsorum autem bonorum divisio hoc modo fiet, ut, si non nisi primi gradus liberi adsunt, in capita, sin aut soli remotioris gradus aut plurium graduum descendentes inter se concurrunt, in stirpes dividatur hereditas [8]). Quodsi ex diversis conjugiis sunt liberi, tum quae pleno jure ad communem parentem spectant bona, pari modo inter eos dividuntur, qui ab illo descendunt; lucra vero nuptialia [9]) ad eos solos pertinebunt, qui orti sunt ex conjugiis, unde illa profecta sunt [10]). Caeterum postumi nomine tres interim servantur partes, hoc pacto, ut, si pauciores fuerint nati quam tres, residuum reliquis pro rata accrescat, sin plures, tantum illis auferatur, quantum ultra id, quod ipsis debebatur, acceperunt [11]).

§ 633. b) *Ordo secundus, i. e. ascendentium, fratrum ex utroque latere junctorum horumque liberorum primi gradus.*

Vocantur igitur in hoc ordine 1) ascendentes, hi quidem plerumque, quorum ad hereditatem, ipsis praemortuis, similiter vocati essent hi, de quorum jam

est, cur per rescriptum legitimatis id jus denegemus, licet non nisi in subsidium, ut ajunt, per rescriptum fieri possit legitimatio. Vid. *Gluck* l. l. § 139.

3) § 2. I. *de her., quae ab int. defer.* (L. 23. D. *de adoptionib.*) — L. 10. C. *de adopt.* (VIII, 48.)—Vid. § 554., ubi etiam de jure exponitur ejus velut adoptionis, quae in liberorum amissorum solatium matribus concedi solet; scil. io contextu ad not. 8. — Caeter. de ea quaestione, quatenus hi, qui adoptione liberorum jura consecuti sunt, adoptivi patris parenti succedant, vid. *Thibaut* civ. Abb. p. 302—304. et *Loehr* Magaz. IV. p. 134.

4) *de Loehr* Magaz. III. Nr. XI p. 397 — 406. — Dissent. *Glück* § 159. — *C. G. Schmitt* D. de adoptione minus plena (Jen. 1823. 8.) p. 10. not. n.— *Thibaut* civ. Abh. p. 115—117. (nr. II.). At nostra sententia his inprimis defenditur ratiooibus: 1) Praeceptum illud: adoptionem tamdiu nocere, quamdiu quis in aliena familia sit (L. 6. § 4. D. *de B. P. c. t.*, § 626. not. 3.), cum non ex agnatorum cognatorumque discrimine descenderit: siquidem et emancipati inter liberos admitterentur; nec sublatum esse videri potest ea lege, quae simili modo cum agnatis succedere cognatos generatim sancivit. Nam cum in specialibus praeceptis habendum sit, iisque talibus, quae, cum propriis suis rationibus subnixa sint, juxta spectare possunt ad juris antiqui et novi regulam, sequitur, ut nova lege, eaque generali, ei non derogetur. Cui accedit 2) Legis 10. C. *de adoptionibus* ratio, quippe quae eo contineretur, quod antea, qui in adoptionem darentur, in naturalis patris familia et nomen et jus liberorum omnes amitterent (§ 554. not. 5. et § 561. not. 7.). Nec verosimile est, gravissimae illius rationis ita oblitum fuisse legislatorem, ut ne meotionem quidem ejus faceret, si de ea penitus tollenda vere cogitasset. — Cf. *Auctoris* comm. *Gluckii* contin. XXXV. p. 173 — 179.

5) § 3. I. *de SCto Orphit.* — L. 5. C. *eod.* (VI. 57.)

6) Nov. 18. c. 5.—Nov. 89. c. 12. § 4. et 6.—De horum praeceptorum usu hodierno vid. *G. J. F. Meister* pract. Bem. aus d. Civil - u. Crim. R. I. Nr. XIV.

7) Nov. 89. c. 15. pr. (cf. Nov. 12. c. 3. Nov. 74. c. 6.). — Quod quomodo intelligendum sit, quaeritur. — Vid. *Heise* de successorib. necessariis (Goett. 1802.) § 29. 30.— *Glück* l. l. § 135 — 137. et Archiv f. civ. Pr. XII. Nr. XXII. ibiq. inprimis p. 150 sqq. — *Auctoris* comm. *Gluckii* contin. XXXV. p. 159 sqq.—Praeterea aliam etiam exceptionem, at ei, quo utimur, juri prorsus incognitam, novit jus Romanum L. 5. C. *ad SCt. Orphitian.* (VI, 57.)

8) Nov. 118. c. 1.

9) Quibus etiam adnumerantur, quae mater binuba, quam vocant, ex prioris matrimonii liberorum praemortuorum hereditatibus accepit, eatenus quidem, quatenus ea ex paternis bonis ad liberos pervenit. Nov. 22. c. 46.—Cf. *Gluck* § 154. p. 592. 593.

10) Nov. 22. c. 23. (§ 542. nr. I. 1.).

11) L. 3. et 4. D. *si pars hered. petat.* (V, 4.) (cf. § 177. not. 7. b.).

quaeritur successione [1]; nec adoptivus pater excluditur a matre naturali [2]. 2) Fratres sororesve ex utroque latere juncti [3], horumque praemortuorum liberi primi gradus, dummodo tales sint, ut parentum successio legitima ad eos pertinere possit [4]. Et 1) inter ascendentes quidem, qui proximior est, semper praefertur remotiori [5]. Quodsi eodem sunt gradu, paterni ascendentes alteram hereditatis partem accipiunt, alteram vero materni [6]. Inter ejusdem autem lineae ascendentes, qui quidem pari sunt cognationis gradu juncti defuncto, in capita dividetur hereditas [7]. 2) Item inter fratres sororesve in capita fiet hereditatis divisio, tum etiam inter horum filios filiasve, si soli inter se concurrunt, certe ex patrii juris praecepto [8]. 3) Quodsi cum ascendentibus concurrunt fratres, similiter inter omnes in capita dividetur hereditas [9]. 4) Sin etiam fratrum liberi adsunt, hi quidem ex stirpibus succedunt, reliqui, i. e. et ascendentes et fratres sororesque, virilem portionem accipiunt [10].

§ 634. c) *Tertius ordo, i. e. fratrum ex uno latere junctorum horumque liberorum primi gradus.*

In hocce ordine vocantur ab uno latere juncti fratres sororesve, i. e. qui aut per unum tantummodo parentem sibi cognati sunt, eumque talem, cui pleno jure ipsi succedant, aut per utrumque quidem, sic tamen, ut non nisi alterutrius legitima hereditas jure perfecto ad eos pertineat [1]. Nec quicquam interest, sive inter se sint consanguinei, sive uterini [2], nec legibus defendi potest, quod plerique statuunt discrimen hoc pacto, ut, si utriusque generis fratres inter se concurrant, quae a patre profecta sint bona, ad solos defuncti consanguineos, quae vero a matre, ad eorum uterinos perveniant [3]. Idem etiam est in hoc

§ 633.

1) Nov. 118. c. 2.—Nov. 89. c. 13.—Exceptiones ab hac regula sponte occurrent superiora legenti. —Vid. § 554. not. 5. § 555. nr. 3. § 632. not. 2. et 7.

2) Etenim L. 2. § 15. et L. 3. D. *ad SCt. Tertull.* (XXXVIII, 17.), ad quas provocare solent, qui contrariam tuentur sententiam, de adoptivo patre loquuntur, qui jam desiit esse pater. (*Loehr* Magaz. IV. p. 115 sq. not. 2.) Nec itaque est, quod de usu regulae: *Lex specialis derogat generaliori*, hoc in loco quaeratur, quemadmodum superius (§ 632. not. 4.) quaesitum est. Caeter. vid. *Glück* l. l. § 166.

3) Nov. 118. c. 3. init. — Nov. 127. c. 1. — Sunt quidem, qui statuant, etiam per alterutrum parentem junctos fratres simul cum ascendentibus in hocce ordine vocari, scil. propter verba Nov. 118. c. 2. « ἐξ ἑκατέρου γονέως ». Sed vid. *Ortloff* l. l. p. 41. not. 36. et *Glück* § 167.

4) *Koch* succ. ab int. § 77. — *Glück* § 168. p. 642 sq. — *Rosshirt* l. l. p. 330 sq. (§ 12.)

5) Nov. 118. c. 2. § *si autem plurimi.*

6) Nov. 118. c. 2. § *si autem eundem.*

7) *Glück* § 171.

8) Rec. imp. Spir. de 1529. § 31. — Quae quidem legis definitio etiam cum antiquioris juris Romani decretis (Vid. *Gaji* inst. III, 16.), minime vero cum Justinianei juris principiis consentit. (Cf. et *Rosshirt* p. 353 sqq. (§ 19.) — De aliis quaestionibus, huic finitimis quibus dijudicandis sponte inservient principia supra (§ 630. et § 631.) posita, vid. *Glück* § 176 — 185. — Caeterum fieri potest, ut etiam inter fratrum liberos, licet soli adsint eo tempore, quo dividitur hereditas, in stirpes dividantur bona. Vid. § 631. not. 12. — Vid. et *Rosshirt* Zeitschr. T. I. p. 382 sqq. (Nr. I.)

9) Nov. 118. c. 2. « — Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto: cum proximis gradu ascendentibus (*Ortloff* l. l. p. 43. not. 47. et *Rosshirt* l. l. p. 332 sqq. § 13.) vocabuntur, si et pater et mater fuerint; dividenda inter eos hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem: » (caeter. vid. *Schrader* civ. Abh. I. Nr. V. § 6. et 7.) « nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare. » (Cf. § 569. nr. 6. et *Glück* § 174.)

10) Cf. Nov. 127. c. 1.; quo quidem derogatum est Nov. 118. c. 3. — Caeter. vid. *Glück* § 168. p. 629 sqq. et *Rosshirt* p. 348 sqq. (§ 17.)

§ 634.

1) *Koch* l. l. § 83 — 93. — De his, qui non ex legitimo coitu nati sunt, vid. L. 4. D. *unde cognati* (XXXVIII, 8.)

2) Nov. 118. c. 3. § *His autem non existentibus.*

3) Scil. propter L. 13. § 2. C. *de legit hered.* (VI, 58.) et Nov. 84. c. 1. § 2. et c. 2. — Sed. vid. *Francke* Beiträge zur Erläut. einzelner Rechtsma-

ordine succedendi modus, ut in secundo; quare, si cum thiis concurrunt fratrum liberi, in stirpes dividetur hereditas, sin soli adsunt, in capita [4]).

§ 635. d) *Reliquorum cognatorum ordo.*

Quarto vocantur reliqui ex latere junctorum numero, quotocunque sint gradu, hoc pacto, ut, quo quisque est gradu propior, eo sit reliquis praeferendus [1]). Neque vero ad cognatorum legitimam hereditatem admittitur, nisi qui suo ipsius parenti pleno jure succedat (§ 630.), praeterquam quod, qui adoptione amiserint liberorum jura, nihilominus admittantur in cognatorum ordine [2]). Inter plures ejusdem gradus cognatos in capita dividitur hereditas, nec duplex vel triplex portio ideo ad quempiam pertinere potest, quod pluribus ex causis cognatio ei intercedat cum defuncto [3]).

§ 636. B) *Extraordinariae successionis ratio.* 1) *Conjugum successio.*

Extra ordinem ab intestato succedunt 1) conjuges, qui quidem a) praemortuorum conjugum bonorum possessionem accipiunt (§ 626. nr. 4.), si modo ex cognatorum ordine nemo aut adest aut hereditatem adit [1]). Praeterea b) uxore defuncta maritus cum liberis communibus iisque patria potestate solutis in virilem partem ususfructus bonorum maternorum admittitur [2]). Denique c) novissimo jure [3]) uxori superstiti [4]), eique pauperi [5]), nec omnino habenti dotem [6]), prospectum est, hoc modo, ut ex locupletis viri (not. 5.) bonis certam partem accipiat. Quam partem ita leges definiverunt, ut numquam quidem centum librarum auri quantitatem excedat, caeteroquin vero quarta hereditatis portio, et si cum pluribus quam tribus mariti liberis uxor concurrat, virilis pars ad eam pertineat [7]). Eamque pleno jure habebit, nisi liberi adsunt, quos ipsa peperit ex eo viro, quippe quibus substantiam ejus, quod acceperit, servare necesse habeat [8]). Caeterum, nisi legatum ei portionis legitimae nomine vir reliquit [9]),

terien I. Nr. VII. p. 162 sqq. — Cf. *Hugo* civ. Magaz. IV. p. 192. in f. sq. et *Rosshirt* p. 372 sq:

4) Nov. 118. c. 3. § *si autem defuncto fratres fuerint.—Glück* § 191.

§ 655.

1) Nov. 118. c. 3. § 1.

2) L. 1. § 4. *unde cogn.*—§ 3. I. *de succ. cogn.*

3) Nov. 118. c. 3. § 1. — *Hugo* civ. Mag. IV. p. 205 sqq.

§ 636.

1) Scil. novissimo jure in infinitum admissis, quicunque sunt in cognatorum ordine. Nov. 118. c. 3. in f. et c. 4. in f. (cf. § 626. not. 18.). — Cf. *Rosshirt* p. 581 sqq. (§ 26.)

2) L. 3. C. *de bon. matern.* (VI, 60.) — Vid. *Donelli* comment. jur. civ. Lib. IX. c. 1. § 15. (ex ed. *Bucheri*), tum praesertim *Schraderi* civ. Abh. I. Nr. 4.—*Rosshirt* p. 174 sqq. (§ 27.) et Zeitschr. p. 386 sqq. (Nr. 2.)

3) Nov. 53. c. 6. et Nov. 117. c. 5. — *de Loehr* von d. Succession der dürftigen Witwe (Magaz. III. Nr. 10.).—*Zimmern* Grundr. p. 59—63.—*Rosshirt* p. 186 sqq. (§ 28.)

4) Nov. 117. c. 5. « Virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem, ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus.»—*E. F. Hagemeister* D. jura conjugum sec. Nov. 117. c. 5. haud esse reciproca. Gryph. 1801.—*Loehr.* l. l. p. 364. not. 2.

5) Nov. 53. c. 6. § 2.—*Glück* § 120. et *Loehr* l.l. p. 370 sq. (cf. et not. seq. in f.).

6) Nov. 53. c. 6. pr. et Nov. 117. c. 5.—*Glück* § 119. p. 440.—*Loehr* p. 367.—Caeter. vid. Nov. 53. c. 6. § 1. « Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam. » —Cf. *Loehr* p. 381. not. 1. in f.

7) Nov. 117. c. 5. « — uxorem autem ex utroque horum casuum, siquidem usque ad tres habuerit filios ejus vir, sive ex ea, sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere jubemus mulierem, quantum uni competat filiorum—».

8) Nov. 117. l. l. « — — dominium autem illis filiis servetur, *quos ex ipsis nuptiis habuerit*. Si vero talis mulier *filios ex eo non habuerit*, jubemus etiam domini jure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem jussimus legem. » — Vid. *Koch* B. P. p. 486 sqq. — Dissent. *Loehr* l. l. p. 375 sqq.

9) Nov. 53. c. 6. pr. « Si tamen legatum ali-

tamquam heres mulier succedit [10]), sic tamen, ut jure accrescendi non ultra id utatur, quod lege ei debetur [11]).

§ 637. 2) *Reliquae extraordinariae successionis causae.*

Praeterea extra ordinem defunctorum bona deferuntur 2) ei, qui furiosum a cognatis heredibusve testamento scriptis neglectum in domum suam recepit et post denuntiationem illis factam, sumptibus suis usque ad mortem aluit [1]); 3) ecclesiae et monasterio, scil. clericis herede nullo relicto mortuis [2]), tum vero 4) item ecclesiae, si quidem hi, qui alioquin heredes defuncto futuri erant, aut in captivitate eum neglexerunt, aut a verae fidei praeceptis defecerunt [3]); 5) legioni nec non vexillationi in bonis militum, quibus quidem alius non est heres [4]). Et similiter 6) corpora quaedam, ut decurionum, ut fabricensium, ut naviculariorum, ut cohortalium, sodalibus succedunt [5]), tum etiam 7) socius imperialis liberalitatis [6]), qui quidem, quoniam non nisi certa res ex socii bonis ad eum potest pertinere, non heredis, sed legatarii jure aestimandus est [7]). Postremo vero loco 8) fiscus, ejus quidem civitatis, cui adscriptus erat defunctus [8]), bona vacantia heredis jure sibi vindicat [9]).

SECTIO II. DE TESTAMENTARIA HEREDITATIS DELATIONE.

Sam. Stryck de cauteiis testamentorum (opp. praestant. P. III.). — *E. C. Westphal* Theorie d. röm. R. von Testamenten, deren Erblasser u. Erben, ihrer Form u. Gültigkeit. Leipz. 1790. 8.

TIT. I. GENERALIA TESTAMENTORUM.

§ 638. I. *Testamenti notio et indoles.*

Testamentum generatim dicitur: voluntatis nostrae justa declaratio de eo, quod post mortem nostram fieri velimus [1]). At vocabuli sensu magis circumscripto testamentum appellatur ultimae voluntatis significatio, cui heredis inest institutio; quo quidem sensu codicillis opponitur testamentum [2]). Omnes autem de testa-

quod reliquerit ei vir minus quarta parte, compleri hoc—.»

10) Nov. 53. c. 6. § 1. «——subjacere hujusmodi rebus [vid. not. 5. in f.] viri creditoribus nullo modo valentibus, *nisi forte secundum quod in illius jure ex hac lege heres exstiterit.*» — Caeter. de eo, quod vel maxime differat inter heredem et legatarium, vid. *Glück* l. l. § 126. — Cael. cf. *Rosshirt* l. l. p. 191 sqq. not. 162.

11) *Loehr* l. l. p. 385.

§ 637.

1) Nov. 115. c. 3. § 12.

2) L. 20. C. *de ep. et cler.* (I, 3.) — Nov. 5. c. 5. — Nov. 131. c. 13. — Quod quidem privilegium aliisquoque piis corporibus patrio jure tribui solet. — Cf. *Glück* § 204.

3) Nov. 115. c. 3. § 13. 14.

4) L. 6. § 7. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII, 3.) (cf. L. 4. § 17. D. *de fidcic. lib.* (XL, 5.) « Constitutio prospexit, ut, si fiscus bona admiserit, libertates competant. —— Quare et si caducis legionis bona delata sint, idem erit probandum »). — L. 2. C. *de heredit. decurion.* (VI, 62.) — Cf. *Glück* § 203. p. 755 sq.

5) L. 1. 3. 4. 5. C. *de heredit. decurion.*

6) L. un. C. *si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit* (X, 14.) — *Rosshirt* p. 229 sqq. (§ 51.)

7) Vid. *Glück* § 205. et *Günther* pr. jur. rom. § 828. not. e.

8) Cf. § 623. nr. 1. et *Glück* § 208.

9) L. 1. 4. 5. C. *de bon. vacant.* (X, 10.) — L. ult. D. *de successor. ed.* (XXXVIII, 9.) — Cf. § 612. not. 4.

§ 638.

1) L. 1. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — Cf. L. 20. § 8. *eod.* — Pr. I. *de test. ordin.* — *Ulp.* Fr. XX, 1. — *Glück* Pand. XXXIII. p. 317—324. — *Gans* Erbrecht II. p. 140—151.

2) § 2. I. *de codicill.*

mentorum jure quaestiones aut de personis sunt, cum testantium, tum eorum, ad quos spectat testamentum; aut de ratione ac forma condendorum testamentorum, aut de eorum argumento. Et argumentum quidem vel ad rem familiarem pertinet, in qua quidem totum fere versatur testamentorum jus; vel ad alias causas, de quibus statuere liceat testatori, velut de ipsius sepultura [3], de nominis memoria conservanda [4], de liberorum tutela, domicilio, victu, educatione [5]. Et in utroque argumenti genere ejus velut materia separanda est ab adminiculis, quae quidem aut modum adjiciant testantium decretis, aut iisdem vel adjuvandis vel confirmandis vel exsequendis inserviant. Testamentorum autem divisio in solemnia et minus solemnia partim ad formam tantummodo spectat ultimarum voluntatum, partim ad utrumque, et formam et argumentum, referenda est.

§ 639. II. *De personis, ad quas spectat testamentorum jus, s. de testamentifactione, 1) generatim disseritur.*

Testamentifactio generali quidem definitione ad omne jus testamentorum refertur [1]. At plerumque tantum intelligitur tum de jure condendorum testamentorum, tum de capiendi jure ex aliorum testamentis [2], unde duplicem recentiores solent distinguere testamentifactionem, *activam* et *passivam*. Qui utraque caret, nec tutor dari potest testamento [3], nec testis adhiberi ultimis voluntatibus [5], isque vocatur intestabilis [5]. Quemadmodum autem fieri potest, ut, qui a testimonio arcetur, nihilominus habeat testamentifactionem [6]: sic etiam sunt, qui, cum altero careant testamentifactionis genere, tamen ad alterum admittantur [7].

· § 640. 2) *Singulatim*, a) *de activa, ut vocant, testamentifactione* (*).

A testamentorum condendorum jure alii arcentur natura, alii lege. I) Natura

3) L. 14. § 2. D. *de relig.* (XI, 7.)—L. 14. § 6. in f. *eod.*—L. 113. § 5. D. *de leg.* I. — L. 27. pr. D. *de condit. instit.* (XXVIII, 7.) (cf. § 648. not. 6.)

4) Cf. *Sueton.* vita Jul. c. 83. (supra § 554. not. 10.).—L. 65. § 10. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)—L. 7. in f. *eod.*

5) Cf. supra § 582. et § 592. not. 3. et 4.—L. 7. II. *de annuis legat.* (XXXIII, 1.)

§ 639.

1) L. 1. pr. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.) « Militibus liberam testamentifactionem primus — — Jul. Caesar concessit.» —Atque huc etiam spectat, quod dicitur: testamentifactionem esse publici juris. — L. 3. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) (cf. § 33. not. 7. et *Glück* Pand. XXXIII. § 1403. p. 341 sqq.).

2) § 4. I. *de her. qual. et differ.*— L. 3. pr. D. *de eod.* (XXIX, 7.) « — paterfamilias, qui testamentifactionem habet ». —L. 1. § 1. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) (« testamentifactio pupillis concessa non est »). — L. 49. § 1. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) « In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum eis testamentifactio.» — L. 4. D. *pro her.* XLI, 5. « Constat, eum, qui testamentifactionem habet, pro herede usucapere posse. » — Cf. not. 3. et 7. — L. 7. D. *pro leg.* (XLI, 8.) « Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi ia, cum quo testamentifactio est.» — L. 31. pr. D. *de hered. inst.*— L. 82. § 2. D. *de leg.* II. — L. 5. D. *de servit. leg.* (XXXIII, 3.)— [A passiva testamentifactione etiam differt jus capiendi ex testamento lege Julia et Papia Poppaea introductum.— De quo argumento cf. *Gu. Muller* über die Natur der Schenkung auf den Todesfall (Giessae 1827.) § 31. — *Hasse* in Rhein. Mus. III. p. 411—415.— *Auctoris* comm. *Glückii* contin. p. 300-301. (Nr. I.) —E. G.]

3) L. 21. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.)

4) § 6. I. *de testam. ordinand.* — *Ulp.* Fr. (XX, 2.)

5) L. 18. in f. L. 26. D. *qui test. fac. poss.* — *Gellii* N. A. VI, 7. « — — *testabilis*que una omnium foeminarum ut sit » [virgo vestalis]. — Cf. *Vinnius* ad Inst. Lib. II. Tit. 10. § 6. nr. 5. et supra § 191. nr. 3., tum vero § seq. not. 10.

6) Velut mulieres, aliique, quos nominat § 6. I. *de test. ordin.*—Cf. et not. seq.

7) § 4. I. *de hered. qual. et differ.*— L. 16. D. *qui test. fac. poss.*—L. 5. § 1. C. *ad L. Jul. Maj.* (IX, 8.)

§ 640.

(*) Inst. (II, 12.) *quibus non permittitur facere testament.*—Dig. (XXVIII, 1.) *qui testamenta facere possunt.* (et quemadm. test. fiant).— Cod.

impediuntur 1) furiosi [1]), quorum hic quoque similes habentur prodigi [2]); 2) impuberes [3]); 3) muti et surdi, scilicet qui natura tales facti sunt, quoniam hi quidem voluntatem suam significandi atque explanandi facultate prorsus videntur carere. Quodsi aut alia ex causa vitio illo affecti sunt, aut tantum sunt muti vel surdi, minime prohibentur testari, dummodo animi sui sententiam legitimo modo verbis exprimant [4]). Sin mutus aut surdus non est, at talis est, qui neque scribere, nec articulate loqui potest, testamentum facere utique impeditur [5]). At balbutiens, dummodo intelligi possit, ne impeditur quidem, quo minus testamentum verbis ore prolatis condat [6]). Neque vero aut senectus aut morbus vitiumve per se quidem impedimento sunt, quo minus quis testamentum facere possit, nisi, qui eo affectus est, intelligendi facultate prorsus careat [7]). II) Lege prohibentur 1) qui potestati subjiciuntur aut domini [8]), aut patris [9]), praeterquam quod filiifamilias et de castrensi vel quasi castrensi peculio testamenta condere possunt [10]), et de reliquo peculio mortis causa donare, sc. consentiente patre [11]); 2) peregrini, qui quidem ex civilis juris instituto testamenta facere non poterant [12]); 3) capitis damnati [13]); tum etiam 4) hi, quos leges vel canones propter certa delictorum genera aliasve ob causas jure improbatas intestabiles esse voluerunt [14]), quorum in numero quodammodo etiam sunt, qui incestis conjunctionibus sese polluerunt, quippe qui nemini, praeterquam liberis ex justis nuptiis procreatis, quicquam testamento relinquere

(VI, 22.) *qui test. facere possunt vel non.* — *P. Hartsinck* D. de activa testamentifactione. Lugd. Bat. 1743. — *Puchta* System des gemeinen Civilrechts. Liber VII. § 22.

1) § 1. I. *h. t.* — L. 9. C. *h. t.* (§ 181. not. 4.). — L. 27. pr. in f. D. *de condit. instit.* (XXVIII, 7.)

2) § 2. I. *h. t.* — L. 18. pr. D. *h. t.* (cf. § 181. not. 2.). — *Glück* XXXIII. § 1404c. (p. 377 — 395.).

3) § 1. I. *h. t.* — Caeter. vid. L. 5. D. *h. t.* (§ 87. not. 5.).

4) L. 10. C. *h. t.* (De jure veteri vid. *Ulp.* Fr. XX, 13. L. 6. § 1. L. 7. D. *h. t.*) — *Gensler* Archiv f. civ. Praxis III, 22. — *Greg. Majansii* Disp. jur. T. I. Nr. XXX. p. 448 sqq. — *Glück* XXXIII. § 1404b. (p. 366—376.).

5) Nam « mortuo similis est et falsitas in singulis committitur ». L. 29. C. *de testam.* (VI, 23.) Nol. O. Tit. von Testamenten (II.) § 4. — Cf. L. 21. pr. D. *de leg.* III. — *Hartsinck* l. l. § 12.

6) L. 15. C. *de test.* (VI, 23.)

7) L. 3. pr. L. 5. C. *h. t.* — L. 2. et 10. D. *h. t.* — Cf. L. 17. D. *h. t.* et *Moeser* patriot. Phantasien IV. Nr. 29. p. 109 sqq.

8) L. 19. D. *h. t.* — L. 12. § 5. D. *de capt. et postlim.* (XLIX, 15.) — L. 8. pr. D. *h. t.* — *Greg. Majansii* Disp. juris T. I. Nr. XXXI. p. 461 sqq. — L. 11. D. *h. t.* — Cf. L. 31. 32. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.) (*Majansius* l. l. § 6.).

9) L. 6. D. *h. t.* (« — adeo, ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen jure testari possit »). — Pr. I. *h. t.*

10) Pr. I. *h. t.* « — praeter hos, qui castrense et quasi castrense peculium habent ». — At non simpliciter hoc concessum est filiisfamilias. Nam vid. L. 26. § 1. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.) — Cf. et L. 20. § 10. L. 34. D. *de her. pet.* (V, 3.) — L. 10. pr. D. *ad SCt. Tertull.* (XXXVIII, 17.) — L. 1. et 2. D. *de castr. pec.* (XLIX, 17.) — *Auctoris* observ. jur. rom. Sp. I. c. 1. § 11. p. 28 — 32. — *Glück* XXXIV. p. 102—117. — Cf. et supra § 223. in f. et not. 23.)

11) L. 25. § 1. D. *de mort. c. don.* (XXXIX, 6.) — Et licet lubenter concedamus, hujus juris rationem antiquitus hanc fuisse, quod pater, mortis causa donationes facere filio permittens, de eo donasse videatur (cf. L. 7. § 4. L. 9. § 2. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — L. 11. D. *de m. c. d.* XXXIX, 6.), tamen non dubitamus, quin generalia dicta etiam generalim accipiamus, tum vero in usum adhibeamus, quae de legum antiquiorum in novis rerum argumentis usu supra docuimus (§ 67. context. ad not. 4. et 5.). — At dissent. *Fritz* Archiv f. civ. Pr. VI. Nr. IX.

12) *Ulp.* Fr. XX, 14. — Caeterum haec prohibitio hodie non observatur (cf. § 187. not. 3. 4.).

13) Hi enim testamentifactione exuebantur aut propterea, quod poenae servi effecti sunt (L. 6. § 6. D. *de inj. rupto, irr. test.* (XXXVIII, 3.) — L. 8. § 4. D. *h. t.*), aut propter civitatis amissionem (L. 8. § 1—3. D. *h. t.* — L. 1. § 4. D. *de leg.* III.). At novissimarum legum (Nov. 22. c. 8.) rationi, tum vero maxime patriis institutis (not. 12.) magis convenire videtur, ut huic quoque juri derogatum esse dicamus, nisi quatenus damnati bona in fiscum coguntur. (Cf. *S. W. Zimmern* Grundr. d. Erbr. (Heidelb. 1823.) p. 50 sq. — *Glück* XXXIV. p. 65—67. (nr. 5.) — *de Buchholtz* jur. Abhandl. Nr. V. inprimis vero *Waechter* in Arch. f. civ. Pr. XVII. Nr. XIV. — Vid. et *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXIX. p. 17 sqq.) — Caeter. vid. et L. 13. § 2. D. *h. t.*

14) a) L. 18. § 1. D. *h. t.* — b) L. 4. § 5. L. 15. C. *de haeret. et manich.* (I, 5.) — L. 3. pr. C. *de apostat.* (I, 7.) — c) c. 2. *de usur.* in 6. (V, 5.) (cf. § 659. not. 5.).

possint [15]). Caeterum nec ejus valet testamentum, qui de jure suo dubitat, licet in eo statu sit, ut testari possit, nisi si miles sit [16]). Eorum autem, qui capitis deminutione testandi facultatem amiserunt, plerumque irrita fient testamenta [17]).

§ 641. b) *De passiva testamentifactione* (*).

Praeter eos, qui omnino arcentur a defunctorum hereditatibus (§ 618), sunt etiam, quorum jus, ex testamentis aliorum succedendi, modis quibusdam terminisque circumscriptum est. Igitur 1) ex concubina natis eorumque matri, a patre ipsorum, qui quidem legitimos habet liberos, non amplius una uncia testamento relinqui potest [1]). 2) Qui ad secundum vel etiam ulterius matrimonium transit, non plus relinquere potest secundo conjugi, quam ei ex prioris matrimonii liberis, ad quem minor portio ex ea hereditate perveniat (§ 342. not. 7). Praeterea 3) princeps litis causa heres institui nequit [2]). 4) Varia etiam olim testamentifactionis impedimenta ex eo manarunt, tamquam principio, quod incertarum personarum nulla esset institutio [3]). Incertam autem personam a) primum eam vocamus, de qua ita ambigue locutus est testator, ut, quam ille respexerit, certo definiri nequeat [4]). Quod quidem incertitudinis genus, cum ex vitio orationis proficiscatur, utique esse impedimento ultimis voluntatibus, sponte intelligitur [5]). b) Alterum est incertarum personarum genus earum, quae non nisi eventu futuro, eoque adhoc latente testatori, certae fieri possunt; velut cum ita testator scribit: quicunque filiam suam filio meo collocaverit, heres esto [6]). At hujusmodi testatorum voluntates ex Justiniani legislatoris mente valere, dummodo omnino exitum habere possint, non est, quod dubitemus [7]). Praeterea c) appellamus incertam personam eam, quae, licet ejus notio tamquam singularis adeoque certi hominis animo concipiatur testatoris, tamen ignoratur, an umquam exstitura sit. Unde factum est, ut postumorum, tam suorum quam alienorum, nulla olim esset heredis institutio [8]). Quod quidem jus partim civili jure legibus-

15) Nov. 12. c. 1. 2. Qua quidem pro parte derogatur L. 6. C. *de incest. nupt.* (V, 5.)

16) L. 9. D. *de jure cod.* (XXIX, 7.)—L. 11. § 1. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.) — Cf. *de Buchholtz* jur. Abh. p. 397 sq.

17) § 4. I. *quib. mod. test. infirm.* — Except. vid. a) § ult. I. *h. t.* — b) § 6. I. *quib. mod. test. infirm.*

§ 641.

(*) Inst. (II, 14.). Dig. (XXVIII, 5.) *de hered. instituendis.* — Cod. (VI, 24.) *de hered. instit. et quae personae heredes institui non possunt.*

1) Nov. 89. c. 12. (cf. L. 2. et 8. C. *de natural. liber.* (V, 27.) ibiq. auth. *nunc soli* et auth. *licet patri*). — Jure antiquiori nullis hac in re limitibus circumscriptus fuit pater. L. 45. pr. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII, 6.) — Cf. et L. 27. D. *de liber. et posth.* (XXVIII, 2.) — Neque hoc jus, ut singulare ac naturalem agendi facultatem impediens, trahendum est ad vulgo quaesitos.

2) L. 91. D. *h. t.*—§ 8. I. *quib. mod. test. infirm.*—(*Valer. Maximi* dict. factorumq. mem. IX, 4.—*Plinii* Pan. 43.) — Cf. *N. H. Gundling* de principe herede ex test. civ. (exercit. acad. Nr. IX. p. 451 sqq.) c. 4.—*E. Otto* in comm. ad. d. § inst. et *Reitzii* obs. ad eund. *Theophili* locum (p. 414 sq. not. z.). — Vid. et *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVIII. p. 266.

3) *Gaji* inst. II, 238. 242.— *Ulp.* Fr. XXII, 4.— § 25. I. *de leg.* — *C. Rau* (resp. *Dathe*) hist. jur. civ. Rom. de personis incertis ex test. heredib. Lips. 1784. — *C. G. Hubner* ad tit. de reb. dub. comment. (Lips. 1802. 8.) p. 42 —131.

4) Velut. L. 4. L. 10. pr. L. 27. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.)

5) L. 9. § 9. D. L. 62. § 1. D. *h. t.* — *Hübner* l. l. p. 66 sq. et 102. — Cf. id scr. p. 45 — 52. et infra § 645. not. 1.

6) *Ulp.* Fr. XXIV, 18. — *Gaji* inst. II, 238. — § 25. I. *de leg.*

7) § 27. I. *de leg.* et ibi *Theophil.* — *Hübner* p. 104—108.

8) § 26. I. *de leg.*—*Theophil.* ad h. l.—*Hübner* p. 69. 84. 85. — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVI. p. 176 sqq.—Dissent. *Rau* l. l. § III.—Caeterum jam antiquitus « *sub certa demonstratione*

que novis [9]), partim praetorio [10]) emendatum, tandem a Justiniano ita definitum est, ut prorsus nulla relinquerentur antiquae rationis vestigia [11]). Denique d) fictae personae, cum non tamquam singulares in oculos incurrant, sed mente tantum ac cogitatione informentur, incertarum personarum nomine veniunt [12]). Et cum hae quoque omnes capere quicquam ex testamentis olim prohiberentur, sensim obtinuit veteris juris immutatio, tum jure obliquo, tum etiam privilegiis, quae singulis ex eo genere personis concessa sunt [13]), nec umquam jure Romano generatim sancitum esse videtur, ut ad fictas personas jus hereditatum capiendarum pertineret [14]), licet huc quoque trahere interpretes soleant constitutionem, quam de incertis personis fecit Justinianus [15]). Caeterum si aut pauperibus, aut captivis hereditas relicta est vel legatum, id ita accipi debet, quasi ecclesia vel loci episcopus scriptus sit eo sub modo, ut ad sustentandos pauperes vel aegrotantes, aut ad redimendos captivos pecuniam conferret, quae relicta sit [16]).

§ 642.

Generatim autem de successionum jure hace etiam praecipienda esse putamus. 1) Et qui sub alius sunt potestate, recte heredes instituuntur, tum servi, et proprii testatoris, et alieni [17]), tum vero filiifamilias, qui, quae olim patribus acquirebant, ex novissimi juris praeceptis sibi quaerunt hereditates legataque ipsis relicta [18]). 2) Milites mulieres, in quas turpis suspicio cadere potest, instituere singulari jure prohibentur [19]), contra vero 3) alios ex eorum numero, qui a successionibus excluduntur, aut simpliciter instituere possunt, aut certe ea potestate, ut institutio convalescat, si mortis tempore testatoris talis inveniatur, qui institui possit [20]). 4) Possunt hi quoque, qui non militant, his, quibuscum nunc non est testamentifactio, hereditates vel legata relinquere, dummodo id fiat in tempus capiendi juris, i. e. nominatim expressa tamquam conditione:

incertae personae legari poterat, velut ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primo ad funus meum venerit — — ». *Ulp.* Fr. XXIV, 18. — Cf. et L. 9. § 10. 11. D. *h. t.* et *Hübner* l. l. p. 74 sqq.

9) *Ulp.* Fr. XXII, 19. — L. 29. D. *de liberis et postumis.* (XXIX, 2.) — L. 15. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII, 3.)—Cf. *Westphal* von Testam. § 485 — 520.— *Thibaut* Pand. § 954. — *Foerster* de honor. poss. liberor. praeter. p. 106 — 123. — *Bluntschli* Erbfolge gegen d. letzten Willen. p. 43 sqq. §7. et *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVI. p. 181—290.

10) L. 3. D. *de B. P. s. t.* (XXXVII, 11.) — Pr. I. *de B. P.* et § 28. I. *de leg.*—L. 9. § 1. 3. 4. D. *de lib. et postum.*—Cf. *Vinnius* ad § 28. I. *de leg.*—*Westphal* l. l. § 479—483.

11) § 27. I. *de leg.* et ib. *Theophil.*

12) *Ulp.* Fr. XXII, 5. 6.

13) Cf. quae supra § 197. not. 16. laudantur loca et *Fr. C. Conradi* de diis heredib. ex testamento ap. Romanos. Lips. 1725. et in scriptor. minor. a *Lud. Pernice* editor. Vol. I. Nr. II. — *Rau* l. l. § V — VII. — *Hübner* l. l. p. 79 — 85. — *Dirksen* civ. Abhandl. II. p. 130. in f.—143.

14) Nam vid. L. 8. C. *h. t.* — Cf. *Auctoris* Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls p. 107 sqq.

15) Cujus quidem argumentum tum ex institutionibus (§ 27. I. *de legat.*), tum vero ex Nomocanone restituere conatus atque Justinianeo Codici sub Lib. VI. Tit. 48. inseruit *A. Contius.* (Cf. *Auctoris* Beurtheilung *etc.* p. 179 sqq.) — *Witte* die leges restitutae des Justin. Cod. (Bresl. 1830.) p. 200. in f. sqq. — *Biener* de simili argum. in Zeitschr. für. histor. Rechtswissensch. Vol. VII. p. 178 sq.

10) Vid. L. 49. C. *de episc. et cler.* (I. 3.)—Cf. L. 24. et 28. *eod.*—Nov. 131. c. 11.—*Auct.* Beurtheil. *etc.* p. 169—175. 177 sq.

§ 642.

17) Pr. et 1 — 3. I. *h. t.* — L. 3. C. *de necessariis (servis) heredib. instituend. vel substituend.* (VI, 27.) — L. 5. et 6. *eod.* — *Greg. Majansii* Disp. jur. Nr. XXXII. (T. I. p. 472 sqq.). — De Latinorum Junianorum testamentifactione vid. *de Vangerow* über Latini Juniani p. 112 sqq.

18) Vid. L. 18. pr. et § 4. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — L. 8. pr. et § 1. C. *de bon., quae liber.* (VI, 61.)—Cf. supra § 563. nr. I. et § 564.

19) L. 41. § 1. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.)

20) L. 5. C. *de test. milit.* (VI, 21.)—L. 13. § 2. D. *eod.*

74

si idonei illi quandoque facti fuerint[21]). 5) Quodsi quis solidum capere non potest, tamen permittitur testatori, cum ex asse eum instituere, si solvendo non est hereditates[22]), tum vero fidei ejus committere, ut, quod ipse capere non potest, alii restituat[23]).

§ 643. III. *De iis, quae universim spectant ad condendarum ultimarum voluntatum rationem. 1) De libero animi judicio.*

Quaecunque naturalem intelligendi facultatem prorsus impediunt, ea, quemadmodum in aliis negotiis, sic etiam in testamentis efficiunt, ut ne valeant, quae aguntur[1]). Et similis est earum causarum vis, quibus, sana caeteroqui testatoris mente, tollitur impediturque agendi libertas. Nam 1) si vi metuque alicui extortum est testamentum, aut si coacti testes ad testimonium vocantur, nullum est testamentum[2]). Quodsi quis prohibitus sit, quo minus testamentum aut condat, aut mutet, ei, qui vim adhibuit, a fisco aufertur, quod alioquin ad illum pervenit[3]). Idemque 2) dicendum est, si dolo malo factum est, ut aut conderetur testamentum, aut ne conderetur, aut, quod jure perfectum est, ne mutaretur[4]). Denique et 3) erroris eatenus ratio habetur, ut plerumque non valeant testatoris decreta, quoties aut de personis error intervenit[5]), aut de re legata[6]), aut de causa, qua una commotus est testator, ut eo modo, quo factum est, de rebus suis statueret[7]). Alioquin *falsa causa non nocet* testamento[8]), non magis quam error, qui in designandis vel personis, vel rebus, vel partibus admissus est[9]).

21) L. 62. pr. D. *h. t.* — L. 51. pr. D. *de leg.* II.

22) L. 72. D. *h. t.*

23) L. 42. D. *de leg.* II. — L. 28. D. *de leg.* III. — Caeterum de tempore, ex quo omnino aestimandum est jus succedendi, vid. § 618. in f.

§ 643.

1) Cf. § 640. not. 1—4. et § 91. — Nec est, cur non idem statuamus de eorum testamentis, quorum mens ita perturbata fuit iracundia, ut impetu quodam furoris potius, quam cogitatione egisse videantur. Nam quod dicitur L. 48. D. *de reg. jur.* (« Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse »), ad testamentorum jus referri nequit, nisi forte dicatur, valere testamentum, si ex postfacto appareat, jam tum, cum conderetur testamentum, non inconsulto calore, sed vero animi judicio ductum esse testatorem. — Cf. supra § 91. not. 5. et § 100. ad not. 7. — Vid. et L. 19. C. *de inoff. testam.* (III, 28.) — Cf. *Leyser* med. ad Pand. Sp. 352. m. 4. 5. — *v. Berg* jur. Beob. u. Rechtsf. I, 9. — *Glück* Pand. XXXIII. § 1404*a*. (p. 354—366.).

2) a) L. 1. C. *si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit.* (VI, 34.) — Dissent. *A. Faber* err. Pragmat. Dec. XXXVIII. Err. III. IV. — Sed vid. *Westphal* von Testamenten § 30. et *Glück* l. l. p. 427 sqq. — b) L. 20. § 10. D. *qui test. fac. poss.*

3) L. 1. pr. D. *si quis aliq. testari prohib. v. coëg.* (XXIX, 6.) — L. 2. C. *eod.* — L. 19. D. *de his, quae ut indignis auferuntur.* (XXXIV, 9.) De eorum jure, qui damnum aliquod hac ex re passi sunt, vid. Nov. 115. c. 3. § 9.

4) L. 1. § 1. et 2. L. 2. pr. D. *si quis aliq. test. proh.* — L. 88. § 4. D. *de leg.* II. — Caeterum « si fidei ejus, qui dolum admisit, commissum est, ut hereditatem restitueret, ea hereditas caduca cum suis oneribus fiet, *ut commodum legis Falcidiae fiscus sentiat, dodrantis autem fideicommissarius.*» L. 2. § 2. D. *eod.* — Praeterea etiam observandum: meras blanditias, quibus forte eliciantur suprema hominum judicia, neque ad vim neque ad dolum esse referendas. — L. 3. D. L. 3. C. *eod.* — *Gluck* l. l. p. 436 sqq. et *Auctoris* contin. XXXVIII. p. 185. not. 9.

5) a) L. 9. pr. D. *de hered. inst.* (Cf. L. 3. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) — *Auctoris* Beurtheilung d. Städelschen Beerbungsfalles p. 35.) — b) L. 4. C. *eod.* (VI, 24.) — L. 5. C. *de test.* (VI, 23.) — L. 25. pr. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2.) — Cf. et not. 7.

6) a) L. 9. § 1. D. *de her. inst.* — b) L. 67. § 8. D. *de leg.* II. — § 4. I. *de leg.*

7) L. 72. § 6. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 14. § 2. D. *de liberis et postum.* (XXVIII, 2.) — L. 1. C. *de falsa causa adjecta legato vel fideicommisso.* (VI, 44.) — Caeter. Vid. L. 28. D. *de inoff. test.* (V, 2.) et L. 92. D. *de her. inst.* (cf. infra § 707. in f.)

8) L. 17. § 2. L. 72. § 6. D. *de cond. et demonstr.* (vid. not. 7.). — L. 93. § 1. D. *de legat.* III.

9) Cf. § 645. not. 3.

§ 644. 2) *De certo testatoris consilio.*

Praeterea et certum esse debet testatoris consilium [1], i. e. ejusmodi sint testamenti decreta, ut ex certo testatoris judicio ea esse profecta manifestis indiciis appareat. Unde manarunt juris prohibitiones hae : 1) ut ne alieno arbitrio permittantur testamentorum jura, scilicet aperte ac simpliciter [2]. Nam id quidem fieri potest, ut sub conditione, quae in alius potestate est, heres aliquis instituatur, legatave capiat [3], dummodo non ipse heres sit, in cujus potestatem conditio conferatur [4]. Praeterea legata et fideicommissa rata habentur, quae aut ex arbitrio, non nuda voluntate, vel heredis vel extranei, pendere jussit testator [5], aut quae ita sunt heredi mendata, ut ex pluribus, qui testamento nominati sunt, ei cui ipse velit, praestet restituatve [6]. Quae quidem romani juris praecepta, an et quatenus canonico jure mutata sint, in contrarias partes a recentioribus JCtis disputatur [7]. 2) Alterum est, quod ex eadem illa causa descendit, Liboniani SCti sanctio, qua cavetur, ut plerumque pro non scriptis habeantur, quae testamentarius, quamvis dictante testatore, ipse sibi, eisque, per quos adquirat, testamento scripserit [8], postea etiam addita falsi poena, quae tamen propter justam ignorantiam aliasve certas ob causas remittitur [9].

§ 645. 3) *Testatoris voluntas quomodo significanda sit.*

Voluntatem suam testator plane dilucideque explicare necesse habet, ut, quid ille senserit, dubium non sit : nam quae ita in testamentis scripta sunt, ut intelligi nequeant, perinde habentur, ac si scripta non essent [1]. Primum omnium igitur et personae et res certis indubitabilibusque signis describantur, sic tamen,

§ 644.

1 *Ulp.* Fr. XX. § 4. io f.

2) L. 32. pr. D. *de her. inst.* (Cf. not. seqq.)

3) L. 68. D. *de her. inst.*— L. 1. pr. L. 3. D. *de leg.* II. — L. 52. D. *de cond. et demonstr.* (XXV, 1.) (§ 107. not. 4.).

4) Atque ita intelligeodus esse videtur *Ulpianus* L. 43. § 2. D. *de leg.* I. « Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. » (*H. Donelli* comment. j. civ. Lib. VIII. c. 15. § 9.) Praeterea in favorem libertatis quaedam a juris rigore relaxata sunt. — L. 46. pr. § 1 — 3. D. *de fideic. libert.* (XL, 5.)—Caeter. omnino disseolire *Ulpianus* plerisque videtur. Vid. not. seq.

5) L. 75. pr. D. *de leg.* I.— L. 1. § 1. D. *de leg.* II. — L. 11. § 7. D. *de leg.* III. — L. 52. in f. *de cond. etdem.* (*Modestin.*) « non poterit—legari : si Maevius voluerit, Titio decem do; nam in alienam voluntatem conferri legatum oun potest. » — Dissentire quidem videtur *Ulpianus* his verbis : « In arbitrium alterius conferri legatum, veluti coodilio, potest. Quid enim interest : *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legatur, an : *si voluerit?* » Quae tamen ita explicari possuot, quasi dixerit : re vera idem esse, utrum sub conditione in Titii potestatem collata, an : *si voluerit Titius*, legetur, oon vero etiam, quasi his verbis legari posse approbaverit Ulpianus. — Cf. *Averanius* interpr. II, 22.— *Glück* Pand. XXXIII. p. 441 sqq. (§ 1406.).—Caeter. vid. *Schrader* Abhandl. aus d. Civilr. I. Nr. 3. atque ibi inprimis p. 54 sqq. (§ 6—9.).—Cf. et *Neustetel* Archiv f. eiv. Pr. III. Nr. VII. et *Gans* Erbr. II. p. 158—162.

6) L. 7. § 1. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.)—L. 40. § 4. D. *de fideic. lib.*—§ 3. *eod.*

7) Vid. etenim c. 13. X. *de test.* (III, 26.) «—qui extremam voluotatem io alterius dispositionem committit, noo videtur decedere intestatus.» —Cf. *Glück* (Inooceotius III. in c. 13. X. *de testam.* juri eivili haud derogans) io opusc. Fasc. I. p. 145 sqq. — *Idem* Pand. XXXIII. p. 476 sqq. (§ 1406*a.*) et XXXIV. p. 1 sqq. (§ 1406*b.*). — *Schrader* p. 71 sqq. (§ 10.).

8) L. 3. C. *de his, qui sibi adser. in test.* (IX, 23.)—L. 11. pr. L. 14. D. *de lege Cornel. de falsis et de SCto Liboniano.* (XLVIII, 10.) — Except. vid. a) L. 1. § 8. D. L. 15. § 2 sqq. *eod.* — L. 2. C. *de his, qui sibi adscr.*—b) L. 1. C. *eod.* — Cf. et *Leyser* med. ad Paod. sp. 375. m. 11—15.

9) L. 6. L. 15. pr. D. *de L. Cornel. de fals.* — De remissiooum causis vid. L. 5. L. 11. § 1. L. 15. § 1. et 5. D. *eod.* — L. 4—6. C. *de his, qui sibi adscr.*

§ 645.

1) L. 4. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) — L. 2. D. *de his, quae pro non script. hab.* (XXXIV, 8.)— L. 9. § 9. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 16 D. *de condit. inst.* (XXVIII, 7.) (cf. § 643. not. 5.)

ut nomina exprimere necesse non sit, verum etiam demonstratio sufficiat [2]). At ne id quidem nocet, aut falsum nomen, aut demonstrationem falsam in designandis vel personis, vel rebus, vel partibus adhibuisse, dummodo de testatoris sententia aliunde certo constet [3]), nec talibus usus fuerit testator vacabulis, quae per rerum naturam convenire in id, de quo quaeritur, plane nequeunt [4]).

§ 646. 4) *Quomodo perficiatur testatoris voluntas.*

Denique, ut valeat testamentum, omni ex parte, necessaria illa quidem, perfectum sit atque absolutum, tum qua formam spectat, tum qua argumentum [1]). Quodsi plures heredes instituere volens pauciores scripsit, ne hi quidem heredes erunt [2]); omninoque, si ea omittuntur, quae scribere certo destinavit testator, non valebunt, quae quidem inde vere pendent [3]), nec ideo tantum addi voluit testator, ut propius definiantur jura, quae per se sunt certa ac pure constituta [4]). Sin inconsiderate quaedam adduntur, pro non scriptis habentur, quae contra testatoris voluntatem scripta sunt [5]).

§ 647. 5) *Testamentorum adminicula.*

Sicut reliquis negotiis (§ 104. sqq.), ita etiam ultimis voluntatibus quaedam adjici solent, tamquam adminicula, quibus propius determinetur vis illarum, ut conditio, dies, modus, clausulae [1]). Et propter antiqui juris rationem fieri olim non potuit, ut conditio diesve testamentis adjiceretur [2]). Quod quidem jus postea immutatum est, cum fideicommissorum jure, tum vero ita, ut recta via aliquid relaxatum sit a nimio veteris juris rigore [3]). At in hereditatibus, quas vocant directas, propter utilitatis rationem eatenus etiam obtinuit jus antiquum, ut,

2) L. 9. § 8. D. *de hered. inst.*—L. 48 § 1. *eod.*—Cf. *Weber* ad *Hoepfner* § 488. not. 4. — Vid. et L. 54. pr. D. *de leg.* I. et *Averanii* interpr. V, 13.

3) a) De personis vid. inprimis § 29. I. *de legat.* —L. 4. C. *de test.* (VI, 23.) — L. 48. § 3. D. *de her. inst.* — L. 5. C. *de her. inst.* (VI, 24.) — L. 33. pr. L. 34. pr. D. *de condit. et demonstr.* — L. 35. § 1. *eod.* — *F. C. Conradi* de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis aut legatarii commissum. Helmst. 1736.— b) De rebus: § 30. I. *de legat.* — L. 4. pr. D. *de leg.* I. (cf. § 102. not. 5. et infra not. 4.). — c) De quantitate: L. 9. § 2. 3. 4. 7. D. *de her. inst.* — L. 15. pr. D. *de leg.* I. — Cf. *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVIII. p. 440 sq. not. 46.

4) L. 7. § 2. L. 10. D. *de supell. leg.* (XXXIII, 10.)—Cf. § 60. not. 6.

§ 646.

1) L. 20. pr. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — L. 11. § 1. D. *de leg.* III. — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVIII. p. 403—445. (Nr. III.)

2) L. 25. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — Vid. *Auctoris* contin. l. l. p. 415 sqq. (Nr. 2.)

3) L. 9. § 5. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.)—Vid. not. seq.

4) L. 77. in f. D. *de leg.* II. — (*Westphal* von Vermächtnissen II. § 1370.) — Atque hoc etiam sensu accipiendam esse L. 8. C. *de instit. et substit.* (VI, 25.) eo confirmatur, quod Justinianus h. l. se refert ad Papiniani sententiam L. 77. de leg. II. prolatam. — Caeter. vid. *Westphal* von Testam. § 19.—*Schulting* not. ad Dig. XXVIII, 5. L. 9. § 5. (ed. *Smallenb.* T. V. p. 47.)—*Auctoris* cont. l. l. p. 423—445.

5) L. 9. § 5. (*verb.:* « Sed et si conditionem addidit, dum noliet, detracta ea heredem futurum»). — D. *de hered. inst.* — *Auctoris* cont. l. l. p. 442.

§ 647.

1) Nam quae exsequendis testamentis inserviant testatorum decreta, alia orationis serie explicabuntor. (§ 656.).

2) Arg. L. 77. D. *de reg. jur.* « Actus legitimi — — — *veluti mancipatio* [Vid. *Gaji* inst. II. § 102.] — — — in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. » — L. 55. D. *de leg.* I. — Cf. *Goeschen* obs. jur. Rom. (Berol. 1811. p. 66 — 73.

3) § 9. I. *de her. instit.* — L. 1. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 49. pr. *de leg.* I. — L. 26. C. *de legat.* (VI, 37.) — Cf. *Hoepfner* Comment. § 489. not. 2.

quamvis heres sub conditione institui posset, tamen non posset nec ex certo tempore aut ad certum tempus [4]), nec ad conditionem [5]).

§ 648. a) *Conditiones* (*) : *α) quaenam adjectiones vim habeant conditionum in ultimis voluntatibus.*

Cum proprie nulla sit conditio, nisi quae differat eventum (§ 105. not 1.), sequitur, ut nec in testamentis vim habeant conditionum; quae in praesens tempus, vel in praeteritum conferuntur [1]). Nec fere magis hae, quae sua sponte insunt negotiis [2]), nisi si ut potestativae (§ 105. not. 9) nominatim injungantur aut suis heredibus aut legatariis [3]). Ex iis autem, quae in verarum numero sunt conditionum, pro non scriptis habentur et impossibiles [4]), itemque falsae [5]) et quae jure prohibentur [6]); quae quidem ita; ut ne fiant, recte imponuntur heredibus legatariisque (§ 108. not. 3). Quemadmodum autem, quae non constituendi, sed potius impediendi juris causa adjecit testator, minime detrahuntur, licet in impossibilium sint genere conditionum [7]): sic nec inter impossibiles referri convenit, quae difficultatem habent implendi, utut talem, quae efficiat, ut numquam conditio impleri possit ab eo, cui imposita est [8]). In earum autem conditionum numero, quae jure improbantur tamquam inhonestae, et captatoriae sunt institutiones, captatoriave legata, i. e. quae lucri ex alienis testamentis sibi vel aliis captandi causa scribuntur [9]); et olim etiam fuere poenae nomine relicta, i. e. quae non eo animo relinqui voluit testator, ut beneficio aliquem afficeret, sed ut coerceret

4) § 9. I. *de her. inst.*

5) Arg. L. 88. in f. D. *de her. inst.* « — — non potest — efficere, ut, qui semel heres exstitit, desinat heres esse. » — Dissent. *Wening* Archiv f. civ. Praxis I. Nr. IX. — Sed. vid. *Thibaut* ibid. V. Nr. XIII. (p. 315 sqq. nr. 1.). — *Weningio* adstipulatur *Zimmern* T. VII. Nr. VII. iterumque communem sententiam defendit *Thibaut* ibid. Nr. XIX, cum quo consentit *Sell* in Lehre von den unmœglichen Bedingungen. (Versuche. P. II.) § 57.

§ 648.

(*) Dig. (XXVIII, 7.) *de conditionibus institutionum.* et (XXXV, 1.) *de conditionibus et demonstrationibus.* — Cod. (VI, 25.) *de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis*, et (VI, 46.) *de conditionibus insertis tam legatis, quam fideicommissis et libertatib.*—Cf. supra § 105—109.

1) L. 10. § 1. D. *h. t.* (XXVIII, 7.), — L. 15. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII, 3.) — § 105. not. 2.).

2) L. 22. § 1. D. *quando dies leg. vel fideicomm. ced.* (XXXVI, 2.) — L. 7. § 5. *eod.* (§ 105. not. 3— 5.).—Vid. et L. 21. § 1. *eod.*

3) L. 12. D. *h. t.* (XXVIII, 7.).—L. 65. § 1. D. *de leg.* I.—L. 69. D. *h. t.* (XXXV, 1.). (§ 117. not. 5.)

4) § 10. I. *de hered. inst.*—L. 3. D. *h. t.* (XXX, 1.) L. 16. in f. D. *de inj. rupto irr. test.*—*Theophil.* ad § 10. I. de her. inst. — Cf. § 106. not. 5. et § 645. not. 1.

5) Cf. § 106. not. 6. et add. L. 45. D. *de her. inst.*—L. 6. in f. D. *h. t.* (XXXV, 1.)

6) L. 14. D. *h. t.* (XXVIII, 7.). — Cf. § 106. not. 7 — 11. — Add. exemplis ibi allatis conditionis speciem, quam commemorat Marcianus L. 113. § 5. D. *de leg.* I. (cf. § 638. not. 3.).—Vid. et L. 15. D. *h. t.* (XXVIII, 7.).

7) Velut L. 4. § 1. D. *de st. lib.* (XL, 7.) (cf. L. ult. pr. D. *de manum. testam.* XL, 4.)— *Averanii* interpr. II, 24. nr. 11. — *Sell* l. l. § 59. not. seq. nr. a.

8) Neque contrariae sunt a) L. 4. § 1. D. *de statu lib.*, vid. context. ad not. 6. huj. §. et ad not. 1. § 107.; b) L. 6. D. *h. t.* (XXVIII, 7.), quippe de opere artificioso intelligenda, quod quidem perfici triduo nequeat. — Cf. et *Averanii* interpr. II, 24. nr. 42.; c) L. 63. § 7. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) — Qui locus non generalem proponit regulam de conditionum testamentis adscriptarum vi, verum ex aequitatis ratione profectus est, scilicet ne incommodis praeter necessitatem oneraretur heres, aliis restituens hereditatem ex Trebelliano SCto.—Caeterum vid. script. § 108. not. 1. in f. excit. et *Thibaut* Pand. § 954. Nr. III.

9) L. 70. 71. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 64. D. *de leg.* I.—L. 29. L. 81. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.)— L. 20. § 2. D. *h. t.* (XXVIII, 7.). — L. 1. D. *de his, quae pro non script. hab.* (XXXIV, 8.)—*C. v. Bynkershoek* opusc. de captatoriis institutionib. (opp. omnia T. 1. p. 359 sqq.). —*J. E. J. Mülleri* obs. ad *Leyser.* obs. 582. (T. IV. Fasc. 1. p. 90 sqq.). — De ea autem quaestione: num institutio per captationem elicita valeat, nec ne? vid. *Bynkershoek* l. l. c. 10. in f.; qui quidem ut nobis videtur, recte statuit, nullam esse utriusque scripturam, et captantis, et ejus, qui captatus est. Dissent. *Thibaut* Vers. I, 4., ea maxime motus ratione, quod simulata captione hominum ultimae voluntates facile impedirentur, nisi valerent captati decreta. Cui tamen occurri potest, nullam esse captationem, quae simuletur.— Caet. *Thibautii* sententiam defendit. *Sell.* l. l. § 66.

heredem ejusque agendi libertatem impediret [10]). Caeterum ejusmodi conditiones, quae eo quidem tempore, quo scribuntur, exitum habere propter juris aliquod impedimentum nequeunt, dummodo quandoque fieri possit, ut impleantur, nihil prohibet, quo minus recte adjiciantur testamentis [11]).

§ 649. *β) Conditiones, quas adscribere licet testamentis, quomodo adjiciantur, qualemque habeant vim.*

Non solum diserte ac nominatim conditiones adscribi possunt testamentis, verum et tacite eis inesse [1]), hoc pacto, ut nonnumquam, quae aliam in rem scriptae sunt, in aliam esse repetitae videantur [2]). Jam vero pendente conditione heres quidem institutus secundum tabulas bonorum possessionem plerumque petere potest, dummodo de restituenda hereditate caveat ei, ad quem alioquin pertineat hereditas [3]). Contra vero legatariis fideicommissariisve cavendum est ab onerato, scil. de servandis legatis vel fideicommissis [4]). Quodsi talem testator legato adscripserit conditionem, quae non nisi morte legatarii vel fideicommissarii finiri potest, i. e. ex earum genere, quae et in non faciendo conceptae et in honoratorum potestate positae sunt, nec ad aliam referuntur personam, cujus quidem morte, vivo legatario, impleri possint, velut hanc: si in capitolium non ascenderit legatarius (not. 6.); olim quidem nullum erat legatum, ideo quod antequam existat conditio, non transmittatur jus ad honorati heredes [5]). At effecit Q. Mucius Scaevola cautione a se adinventa, ut consequi posset legatarius id, quod ita ei relictum esset, hoc pacto, ut, si medio tempore deficeret conditio, restitueretur legatum onerato, sin secus, remaneret apud legatarii heredes [6]). Quae *Muciana cautio* in hereditatibus quoque admissa est [7]),

10) *Gaji* inst. II. 235. 236. 243. 288. — *Ulp.* Fr. XXIV, 17. — § ult. I. *de leg.* — Dig. (XXXIV, 6.) *de his, quae poenae causa relinquuntur.* — At Justinianus rata esse voluit, quae poenae nomine relinquuntur. § ult. in f. I. *de leg.* (cf. *Theophil.* ad h. §.). — L. un. C. *de his, quae poenae nomine in testamentis vel codicillis scribuntur vel relinquuntur.* — De hocce argumento imprimis scripserunt: *Bynkershoek* (opp. T. I. p. 373 sqq.). — *J. G. Sammet* (opusc. ur. II. p. 41 sqq.), et, qui caeteris palmam praeripuit, *Goeschen* obs. jur. Rom. Nr. III. p. 47 — 108. — Cf. et *Thibaut* civ. Abh. p. 55. not. 16. — *Schilling* Bem. üb. Röm. R. G. p. 202 — 204. — *Sell* l. l. § 64.

11) L. 58. D. *h. t.* (XXXV, 1.)

§ 649.

1) L. 85. D. *de leg.* III. — L. 8. pr. D. *de vulg. et pupill. substit.* (XXVIII, 6.) — L. 23. D. *h. t.* (XXVIII, 7.) — L. 1. § 3. D. *h. t.* (XXXV, 1.) — L. 102. *eod.* — L. 107. in f. *eod.* — L. 10. pr. D. *de adim. leg.* (XXXIV, 4.) — L. 109. *eod.* (*Schulting* et *Smallenburg* ad h. l. T. V. p. 528.). — Cf. § 107. not. 3.

2) a) L. 18. D. *h. t.* (XXVIII, 7.) — L. 77. pr. D. *h. t.* (XXXV, 1.). — L. 28. § 4. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.) — b) L. 63. D. *de leg.* III. — c) L. 83. D. *de leg.* II. — d) L. 54. D. *de leg.* III. — L. 108. D. *h. t.* (XXXV, 1.). — e) L. 95. D. *h. t.* (XXXV, 1.). — L. 24. pr. D. *de adim. leg.* (XXXIV, 4.) — Caeter. vid. et L. 75. D. *de hered. inst.* — *H. Donelli* comment. jur. civ. VIII, 31. § 13 sqq. — *Averanii* interpr. V, 2. nr. 6 sqq.

3) L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII, 7.) — L. 12. C. *qui satisd. cog.* (II, 8.) — L. 8. pr. D. *de stipulat. Praetor.* (XLVI, 5.) — *Cujacii* obs. IX, 5. et *Auctoris* comm. *Glückii* cont. XXXVII. p. 76—78. — Vid. et L. 4. § 1. D. *h. t.* (XXVIII, 7. « —— Caeterum, si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri — ». — L. 7. in f. *h. t.* (XXXV, 1.) « — quoniam non est, cui caveat — ». — L. 20. pr. D. *h. t.* (XXVIII, 7.). — A qua quidem regula recedit Nov. 22. c. 44. § 9. — *Thibaut* Pand. § 954. not. k.

4) Dig. (XXXVI, 3.) *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.*

5) L. un. § 7. C. *de cad. toll.* (VI, 51.)

6) L. 7. pr. L. 18. L. 73. D. *h. t.* (XXXV, 1.). — L. 79. § 3. *eod.* — L. 79. § 2. *eod.* — *S. Zimmern* comm. de Muciana cautione. Heid. 1818. 8. — L. 72. § 2. *eod.* — L. 77. § 2. L. 101. § 3. L. 106. *eod.* — Except. vid. L. 72. pr. et § 1. *eod.* — Ac praeterea etiam in ejusmodi conditionum exemplis, quae Muc. cautioni locum faciant, talia afferuntur, quae vivo legatario expleri possunt, velut: si servum non manumiserit. L. 7. pr. L. 67. D. *eod.* Quam rem varie explicant interpretes. Vid. *Zimmern* l. l. § 10 sqq.

7) L. 7. pr. in f. D. *h. t.* (XXXV. 1.). — Ratio autem ad hereditarias causas praeferendae Mucianae cautionis, vel eo posita esse videtur, quod ejusmodi conditiones heredis institutioni appositae, inutilem

in quibus etiam latior illius usus fuit, quam in legatis, siquidem et talibus adhiberi consnevit conditionibus, ubi suffecerit Praetoria cautio [8]). Quemadmodum autem impleta conditione perinde est, ac si pure hereditas vel legatum relictum sit [9]): ita, eadem deficiente, evanescit, quod sub conditione scriptum est, sic tamen, ut, licet omnia testamenti capita corruant propter deficientem conditionem, nihilominus illi insit vis infirmandi ea, quae prius constituta sunt ab eodem testatore [10]).

§ 650. *Quomodo implendae sint conditiones.*

Quod autem ad ipsam implendae conditionis rationem ac modum attinet, hoc quidem loco [1]) haec etiam praecipienda sunt: 1) Quae pluribus imponitur conditio, a singulis implenda est, eatenus quidem, ut hi tantummodo repellantur a successionis commodo, in quorum personis non extiterit conditio [2]). 2) Quodsi plures conditiones eidem injunguntur personae, si quidem conjunctim, omnes implendae sunt, sin separatim, unam exstitisse sufficit, non solum si disjunctivo modo adscriptae sunt [3]), verum etiam si subinde eadem hereditatis pars, quae quidem ad eundem pertineat honoratum, diversis est onerata conditionibus [4]). 3) Quid? quod eodem et pure et sub conditione herede instituto, potior habetur ea testamenti scriptura, quae pure concepta est [5]). Adeoque 4) si disjunctim positae sunt conditiones, quarum altera jure improbatur, tum altera quoque, quam quidem adjicere licuit, tamen remittitur [6]). Praeterea 5) liberorum conditio, quae alioquin recte apponitur testamentis, eis remitti placuit, qui et castitatis votum profiteantur, et in piam causam bona sua conferre statuant [7]). Caeterum 6) quod ad tempus attinet, quo impleri debeat conditio [8]), potestativae conditiones post mortem testatoris, eoque consilio, ut pareatur testamento, impleantur necesse est; reliquae et vivo testatore existere possunt [9]), ut adeo pro

eam, velut post mortem heredis collatam efficerent, vel eo, quod, tamquam si cum diei adjectione institutus esset heres, pro non scriptis antea habitae sint.

8) L. 7. § 1. D. *h. t.* (XXXV, 1.) — Vid. et L. 4. § 1. D. *h. t.* (XXVIII, 7.). Quem tamen posteriorem locum, quo minus ad praetoriam cautionem referamus, nihil profecto impedit.

9) L. 138. pr. D. *de reg. jur.* — L. 54. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)—L. 105. D. *h. t.* (XXXV, 1.).

10) § 2. I. *quib. m. test. infirm.*— L. 16. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII, 3.)

§ 650.

1) Nam magnam eorum partem, quae huc solent referri, jam in universa de conditionibus doctrina explicanda absolvimus (§ 109.). Ea autem, quae ibi singularibus regulis 1—4. a nobis praecepta sunt, ad hanc legem, velut generalem, liceat revocare: ut, quemadmodum in casualibus conditionibus a mero casu, sic in potestativis a voluntate ejus, cui imposita est conditio, omnia fere pendeant (ib. not. 6.), in mixtis vero alias obsequii animus, alias fortuitus eventus potior habeatur, scil. ut quique alterum antecedat (ib. not. 8.); add. L. 23. D. *h. t.* (XXVIII, 7.). — L. 14. L. 78. pr. D. *h. t.* (XXXV, 1.) — L. 5. § 5. D. *qu. dies leg. ced.* (XXXVI, 2.) praeterquam in causis nonnullis exceptis (ib. not. 8. add. et L. 84. D. *h.* (*t.* XXXV, 1.). —Nec igitur est, cur veteres hac de re inter se dissentire statuamus. Dissent. *Hoepfner* Comment. § 491. not. 9. — Cf. *H. Donelli* comment. jur. civ. VIII, 34. et *Thibaut* Pand. § 954. nr. V.

2) L. 112. pr. et § 2. D. *h. t.* (XXXV, 1.). — L. 44. in f. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5)—L. 6. C. *h. t.* (VI, 46.).

3) § 11. I. *de her. inst.*—L. 5. D. *h. t.* (XXVIII, 7.).—L. 6. C. *h. t.* (VI, 25.)

4) L. 27. § 2. D. *de her. inst.* («—Si plures *institutiones* ex eadem parte sub diversis conditionibus fuerint factae, *utra prior conditio exstiterit.*——») — L. 87. 88. D. *h. t.* XXXV, 1. (—— *in legatis novissimam*, in libertatibus levissimam conditionem spectandam esse. ») — L. 90. *eod.*

5) L. 27. § 1. L. 67. D. *de her. inst.*— De legat. vid. L. 80. D. *h. t.* (XXXV, 1.).

6) L. 8. § 5. D. *h. t.* (XXVIII, 7.)

7) L. 55. § 3. C. *de ep. et cler.* (I, 3.)

8) L. 91. D. *h. t.* (XXXV, 1.). — Ad quam quaestionem inprimis spectat *A. E. Endemann* de implendae conditionis tempore specimen. Marb. 1821. 8. (cf. § 105. not. 4.).

9) L. 2. L. 11. § 1. D. *h. t.* (XXXV, 1.).— L. 36. pr. *eod.*—L. 10. pr. *eod.*

impletis habeantur, etsi jam testamenti facti tempore exstiterint, dummodo id aut ignoraverit testator [10], aut plus quam semel impleri nequeat conditio [11].

§ 651. b) *Dies* (*).

Inter diem et conditionem, quae quidem moram injiciant testamentorum decretis, hoc interest, quod dies tantum petitionem differat, conditio vero ipsam juris delationem [1]. Et certus quidem dies non nisi legatis fideivecommissis adjici potest [2], incertus vero, nisi solutionis causa adjectus est, instar habetur conditionis [3], praeterquam si eo die, quo ipse morietur, alicui legatur, quo quidem facto, tamquam si ex certo die legatum sit, transmittitur jus ad legatarii heredes [4]. Quoniam vero heres quoque eo die, quo morietur, recte instituitur [5], neque tamen fieri potest, ut ex die certo heres instituatur (not. 2.), sponte sequitur, ut tamquam pura valeat institutio, quae in mortis tempus heredis confertur [6].

§ 652. c) *Modus* (*).

Modus, qui quidem heredis institutioni *simpliciter* adjici nequit [1], in legatis et fideicommissis hanc potissimum habet vim, ut de implendo modo is, qui honoratus est, satisdet heredi [2]. Quamquam vero obligatio actioque modi adimplendi causa locum habet [3], tamen is, cui sub modo legatur, universo quidem caeterorum jure aestimandus est, ad quos ex defuncti liberalitate aliquid pervenit [4]. Nec igitur ei, cui pecunia testamento datur, non solius mandati exsequendi

10) L. 10. § 1. L. 11. pr. D. *h. t.* (XXXV, 1.). — L. 9. *eod.*—L. 68. *eod.*

11) Arg. L. 11. pr. D. *h. t.* (XXXV, 1.) « Si jam facta sint, quae conditionis loco ponuntur, et sciat testator, *quae iterum fieri possunt*, expectentur, ut fiant—». Vid. *Averanius* interpr. jur. Lib. IV. c. 28. — Dissent. *Endemann* l. l. p. 27 sqq. (§ 5.).

§ 651.

(*) Cf. supra § 110.

1) L. 5. § 1. 2. L. 21. pr. D. *qu. dies leg. v. fideic. ced.* (XXXVI, 2.) (cf. L. 213 pr. D. *de V. S.*).

2) § 647. not. 2 — 4. add. L. 1. D. *h. t.* (XXXV, 1.) et LL. not. 1. laudd.

3) § 110. not. 3. 4. add. L. 12. § 1. D. *de leg.* II. — L. 1. § 2. D. *h. t.* (XXXV, 1.). — L. 4. pr. L. 22. pr. D. *qu. dies leg. v. fideic. ced.* — Mediam quandam sententiam tuetur *F. Schoeman* Handb. I. Nr. VI., scilicet nullo usus probabili argumento. Nam quod traditur § 9. I. *de her. inst.*: si ita testatur heredem aliquem instituat: « post quinquennium quam moriar », perinde esse, ac si pure heres institutus sit; sane nihil quicquam valet ad infirmandam regulam illam: diem incertum conditionem in testamento facere (L. 75. D. *h. t.* XXXV, 1.); siquidem eo tempore, quo recitantur tabulae testamenti, utique certus est petendae dies hereditatis.

4) L. 79. pr. D. *h. t.* (XXXV, 1.) — L. 4. § 1. D. *qu. dies leg. vel fideic. ced.* — Similis est species L. 104. § 6. D. *de leg.* I. — *Averanii* interpr. IV, 5. nr. 16.

5) L. 9. C. *de her. inst.* (VI, 24.)

6) Cf. *Vinnius* ad § 9. I. de her. inst. nr. 6.

§ 652.

(*) Cod. (VI, 45.) *de his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.* — Cf. supra § 111.

1) Arg. L. 88. in f. *de her. inst.* «— non potest —, ut, qui semel heres exstitit, desinat heres esse. » (Cf. § 111. not. 7.) — Neque contraria est L. 92. D. *de hered. inst.* XXVIII, 6. (vid. enim § 111. not. 1.), non magis quam L. 6. pr. D. *de cond. et demonstr.* XXVI, 1. (« Mulcta testamento non committitur *ab herede* vel legatario, vel eo, qui ex ultima voluntate aliquid lucratur, qui alicujus arbitratu monumentum facere jussus sit, si is, cujus arbitrium est, non vivat, vel adesse non possit, aut rei arbitrari nolit. ») Scilicet modum cum mulcta imponi posse heredi, non est profecto, quod dubitemus. At *simpliciter* heredis institutioni modum adjectum instar haberi conditionis, satis superque apparet ex L. 8. § 6. D. *de condit. instit.* (XXVIII, 7.)—Caeterum dissentiunt tantum non omnes.

2) L. 19. D. *de leg.* III.—L. 40. § 5. D. *de cond. et dem.* (XXXV, 1.)—L. 79. pr. *eod.* (§ 111. not. 3. cf. ib. not. 10.).

3) L. 2. C. *h. t.* (§ 111. not. 8. et *Westphal* von Vermächtn. I. § 618. p. 464.).—Add. L. 21. § 3. D. *de ann. leg.* (XXXIII, 1.) — L. 17. D. *de usu et usufr. per leg. dat.* (XXXIII, 2.)

4) L. 1. § ult. D. *ad leg. Falcid.* (XXXV, 2.)

causa [5]), verum et modum perficiat, id, quod minus erogavit, auferendum est [6]). Reliqua eorum, quae hunc in locum conveniunt, ex iis facile dijudicabuntur, quae universim de modo negotiis adjecto supra disputata sunt [7]).

§ 653. d) *Clausulae* (*).

In clausularum numero, quae testamentis adjici solent, quatenus non sunt referendae ad conditionum dierumve adjectiones, duae inprimis sunt, quas ut utiles commemorare juvat. 1) Una est reservatoria, quam vocant; cujus quidem haec est vis, ut, quae post factum testamentum scribantur, tantundem valeant, ac si ipsi sint inserta testamento (§ 112. not. 2.). Neque vero id pertinet ad quaevis testatorum decreta, sed tum de nudis accipiendum est designationibus, vel hominum vel rerum, quae quidem et schedulis fieri possunt [1]), tum de iis, de quibus etiam codicillis statuere licet, et vel maxime de jure confirmatorum codicillorum [2]). 2) Altera est clausula ex earum genere, quae confirmatoriae prae caeteris vocantur. Quo in genere sunt, et quae simpliciter confirmant priorem voluntatem [3]), et clausula, quam dicunt codicillarem (§ 112. not. 1.). Et de hac quidem eo loco videbimus, qui est de codicillorum jure (§ 686.). 3) Nonnumquam et derogatoria clausula [4]), ea quidem, qua posteriore scriptura revocantur, quae priore scripta sunt, utiliter adhibetur testamentis, scilicet ut magis constet de vera ac seria testatoris voluntate [4a]). Nam ea quidem clausula, quam etiam vocant derogatoriam, id significans: rescissum non iri testamentum per posterius, inutilis est, siquidem nemo sibi potest legem dicere testamento, ut ei recedere non liceat a priore voluntate [5]).

§ 654. IV. *De his, quae eo spectant, ut ad exitum perducantur testamenta.* A) *Eorum probatio.* (*Interdictum de tabulis exhibendis*) (*).

Ut omnino exitum habeant ultimae hominium voluntates, primum omnium certum esse debet, cum testamento, eoque tali, quod jure possit valere, decessisse eum, de cujus successione quaeritur (§ seq. not. 1.). Et si tabulae testamenti exstant, quae quidem vim habent publicorum instrumentorum (§ 664.), quorum in genere ea quoque sunt, quae fide atque auctoritate tabellarii solenniter muniuntur (§ 148. not. 13.), tum nullo fere negotio res erit peragenda [1]). Quodsi

5) Ut in specie L. 88. § 1. D. *de leg.* II. — Cf. et not. seq.
6) L. 17. pr. D. *de leg.* II.
7) § 111. Add. ad. not. 3. L. 71. § 2. D. *de cond. et dem.*—Cf. et *Linde* Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. V. Nr. XVIII. et A. L. Z. anni 1835. Nr. 77. col. 613.

§ 653.

(*) Cf. supra § 112.
1) L. 77. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 10. pr. D. *de cond. inst.* (XXVIII, 7.) — Cf. *Bynkershoek* qu. jur. priv. III, 4. 5. — (§ 112. not. 2.)
2) Cf. L. 3. pr. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) et vid. § 685. not. 15.
3) L. 18. in f. D. *de jure codicillor.* (XXIX, 7.)
4) *Auctoris* comm. *Glückli* contin. XXXVIII. p. 169—208.
4a) L. 22. pr. in f. D. *de leg.* III. — *Bynkershoek* qu. jur. priv. III, 6. (§ 112. not. 5.). — Cf. et *Cujacii* obs. XIV, 7. (§ 112. not. 5.) et *Auctoris* cont. l. l. p. 171 sq.
5) L. 22. pr. D. *de leg.* III. — Exemplorum copiam attulit *Bynkershoek* qu. jur. priv. III, 6. 7. — *Auctoris* cont. l. l. p. 175 sqq. p. 201 sqq.

§ 654.

(*) Dig. (XLIII, 5.). Cod. (VIII, 7.) *de tabulis exhibendis.*
1) Cf. *Gensler* Archiv f. civ. Pr. I. p. 60. II. p. 320. 323 sq. Neque vero Romano jure tam facile res procedit, quam ex usu nostro forensi, in iis qui-

sola privatae scripturae fide testamentum nititur, testes, qui illud signaverunt, quotquot supererunt, ad recognoscenda signa subscriptionesque adhibendi sunt [2]), aut si nemo eorum exstat, aliis probandi subsidiis, velut literarum comparatione, exploranda erit testamenti fides atque auctoritas [3]). Sin lingua tantum nuncupatum est testamentum, tum testes, quotquot adsunt, ad minimum vero duo, et de actu testandi legitimo et de testamenti argumento, certis professionibus edisserant necesse est [4]). Caeterum oneri probationis sublevando apprime inservit interdictum de tabulis exhibendis, quod heredibus competit, aliisque, quorum id interest, velut legatariis, eorumve heredibus, contra quemcunque, qui tabulas ad testamenti causam pertinentes detinet, cujusve dolo malo factum est, quo minus detineret, eum in finem, ut aut exhibeat tabulas, aut litis aestimationem praestet actori [5]).

§ 655. B) *De aperiendis recitandisque testamentis* (*).

Quodsi certum est, decessisse testatorem [1]), testamentum, quod quidem scriptis constat, tum etiam quodcunque ad causam pertinet hujusce testamenti [2]), a praesentibus quidem utique intra quinque dies post mortem testatoris [3]), dummodo ad manum sit [4]), ad judicem perferatur, et adhibitis iis, qui signaverunt testamentum [5]), agnitisque et signis et superscriptionibus et subscriptionibus, publice recitetur [6]), praeter eam testamenti partem, quam aperiri et recitari defunctus noluit, aut noluisse censetur [7]). Facta autem recitatione testamentum signo publico obsignatum in archivum redigitur [8]), et cuique potestas datur ejus et inspiciendi et describendi [9]). Quemadmodum autem describere non licet testamenti capita, quae defunctus aperiri omnino noluit: sic nec ea, quae ad ignominiam alicujus pertinent, scilicet ne materies spargatur inimicitiarum [10]); itemque nec diem aut consulem, idcirco nimirum, ne quid falsi fiat [11]). Caeterum publicationis testamentorum, ut quidem dicitur, ratio, qua bodie utimur, aliquantum recedit ab iis Romani juris decretis, quae modo anobis adumbrata sunt [12]).

dem instrumentis, quae ex tabellionum auctoritate profecta sunt; cf. Nov. 73. c. 7. § 1 sqq. Vid. et, quae de jure aperiendorum et recitandorum testamentorum universim praecipiuntur § seq.

2) L. 3. § 9. D. *h. t.* (XLIII, 5.). — Cf. et § seq. not. 4.

3) Nov. 73. c. 7. pr. et § seq. not. 4.—Cf. *Glück* D. de testamenti privati solemnis probatione, per septem testes in eo ordinando adhibitos, instituenda (opusc. Fasc. I. N. I.) § 7. 8.

4) Vid. *Leyser* med. ad Pand. sp. 355. med. 4. — Dissent. *Gluck* l. l. § 9. 10.

5) L. 1. pr. § 1—4. D. *h. t.* — L. 2. § 10 — 17. *eod.*—L. 3. *eod.*

§ 655.

(*) Dig. (XXIX, 3.) et Cod. (VI. 32.) *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur.* — *Paulli* sent. rec. IV, 6. — *de Savigny* diatr. in d. Abhandl. d. königl. Akad. der Wiss. (Berl. 1818.) Hist. philolog. Kl. p. 07 sqq.— *Spangenberg* in Archiv f. civ. Pr. Bd. V. Nr. V. p. 161 sqq.

1) L. 2. § 4. D. *h. t.*

2) L. 2. § 1 — 3. L. 11. D. *h. t.* — L. 1. § 2 sqq. D. *de tabul. exhib.* — L. 4. C. *h. t.*

3) *Paulli* sent. rec. IV, 6. § 3. — Contra vero ejus, qui occisus erat, testamentum non prius aperiri poterat atque recitari, quam de servis ejus quaestio ex SCto Silaniano habita esset. Dig. (XXIX, 5.) *de SCto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur.* — Cod. (VI, 35.) (*de his, quibus ut indign. hered. aufer. et*) *ad SCtum Silanianum.*

4) Nam vid. L. 2. § 7. 8. et L. 3. D. *h. t.*

5) L. 4. D. *h. t.* (Cf. § 654. not. 2.) L. 5. *eod.*— L. 6. *eod.* — L. 7. *eod.* — L. 2. C. *h. t.*

6) *Paulli* sent. rec. IV, 6. § 1. — Cf. *Savigny* Gesch. d. R. R. im Mittelalter. I. p. 84. et not. 198. —Vid. et L. ult. D. *h. t.*— Cf. L. 24. D. *qui test. fac.* — Caeterum de iis, quae ulterius observari solita sunt in aperiendis recitandisque testamentis, vid. gestorum exempla a *Savignio* (diatr. laud. p. 75 sqq.) et *Spangenbergio* l. l. editor.

7) L. 3. C. *h. t.*—L. 8. D. *eod.*

8) *Paulli* sent. rec. IV, 6. § 1.

9) L. 1. pr. et § 1. D. *h. t.* — L. 2. § 5. *eod.*

10) L. 3. C. *h. t.*

11) L. 2. § 6. D. *h. t.*

12) Vid. *J. N. Hertius* de apertura testamentor. (opusc. Vol. II. T. 3. p. 152 sqq.). — *E. C. Westphal* von Vorleg. u. Eröffn. d. Testam. *rel.* Leipz.

§ 656. C) *De exsequendis testamentis* (*).

Ut recte atque ordine perficiantur ea, quae defunctus fieri voluit, solent interdum executores ultimae voluntatis [1]) constitui, idque vel testamento, vel successorum, qui hac de re inter se convenerint, mandato, vel etiam legis aut magistratus decreto [2]), itemque vel singulorum, vel plurium, vel omnium negotiorum, ad testamenti causam spectantium, expediendorum gratia [3]). Quaenam autem jurium officiorumque, ad executorem testamenti pertinentium, ratio sit ambitusque, primum omnium ex mandati tenore aestimandum erit [4]), tum ex negotiorum demandatorum natura [5]). Neque vero rerum hereditariarum administratio per se quidem pertinet ad executoris officium (not. 5), nisi si nominatim ei concessa est [6]); quo facto *mixtum* executorem vocare solent. Nec igitur alienandarum rerum habet potestatem, praeterquam si negotium ipsi commissum expediri aliter nequit [7]).

§ 657. D) *De interpretandis testamentis* (*).

Certa autem sit atque explorata testatoris voluntas, quae executioni mandetur. Ambiguitatibus igitur, si quae inveniuntur in testamentis, explicandis resolvendisque, inservient ea, quae de negotiorum interpretandorum ratione universim supra (§ 115) disputavimus. Neque vero ullum est interpretandi praeceptum, cujus sit major hoc in loco auctoritas, quam illius, quod a favore ultimarum voluntatum proficiscitur (§ 115. not. 8). Nam non solum ambiguitates, vel verborum vel sententiarum, perperamque scripta secundum id intelligenda sunt, quod credibile est cogitasse testatorem [1]), verum etiam scripta dictaque, dummodo non manifesto aut legibus refragentur, aut rationi [2]), utique sic erunt interpretanda, ut quam optimo possint jure valeant [3]) omninoque, quantum id maxime fieri poterit, ejus in commodum accipienda, cui liberalem animum ac beneficum significare testator voluit [4]). Nec igitur mirum cuiquam debet videri, cur magis fere faveatur eorum juri, qui testamento honorati sunt ,

1790.—*J. Claproth* Rechtsw. von freiwill. Gerichtshandl. § 114. p. 204 sqq. (ed. 3.)

§ 656.

(*) *Leyser* med. ad Pand. sp. 374. — *Rosshirt* Zeitschr. f. civ. u. Crim. Recht I. p. 217—233.

1) Legitur nomen c. 19. X. *de test.* (III, 26.)

2) Cf. L. 12. § 4. D. *de relig.* (XI, 7.) — L. 28. § 1—3. C. *de ep. et cler.* (I, 3.)—L. 3. (verb.: *Solent et unum eligere*) D. *de alim. vel cibar. leg.* (XXXIV, 1.) — Solent igitur quatuor executorum testamenti genera distingui: testamentariorum, conventionalium, legitimorum, dativorum. — Cf. *Hofacker* pr. jur. civ. Rom. Germ. T. II. § 1629. — *Günther* princ. jur. Rom. nov. § 803. nr. I. — *Rosshirt* l. l. § 8. Nr. I. p. 229 sqq. — De pluribus executoribus inter se dissentientibus vid. *Leyser* l. l. med. 3. 4.

3) Atque hinc est, quod in generales et speciales dividi solent testamentorum executores.

4) Vid. v. c. c. 19. X. *de test.* « — exsequutores ult. voluntatis—, qui venerabilibus — locis de bonis suis—legavit, *mandans* insuper, satisfieri creditoribus per eosdem, post mandatum susceptum [vid. *Boehmer* not. 24. ad h. l.] per dioecesanum cogi debent, testatoris explere ultimam voluntatem.»

5) *Hofacker* l. l. § 1631. 1632. — *Günther* l. l. nr. II.—Cf. *Rosshirt* l. l. p. 231 sqq. (Nr. II.)

6) Velut c. 19. X. *de test.* (not. 4.). — L. 49. § 2—4. C. *de ep. et cler.* (I, 3.)

7) Velut L. 9. D. *de alim. vel cib. leg.*

§ 657.

(*) Dig. (XXXIV, 5.) *de rebus dubiis.*—*F. Mantica* Fr. de conjecturis ultimar. volunt. (Frcf. 1680. fol.). — *Averanius* § 115. not. 21. laud. — *C. G. Hubner* ad Tit. Dig. de rebus dubiis comment. P. I. Lips. 1802. 8.

1) L. 24. D. *h. t.*— *Hubner* l. l. p. 141 sqq. — *Auctoris* Beurtheil. des Städelschen Beerbungsfalls p. 32—37. p. 84 sqq.

2) Cf. § 115. not. 12. et § 60. not. 6. — L. 3. D. *h. t.* et *Hubner* l. l. p. 131 sqq.—*Seuffert* üb. die Codicillarclausel p. 50 sqq. (nr. III.).

3) *Cic.* de Or. I, 39. II, 32. — L. 10. pr. D. *de inoff. test.*

4) L. 15. pr. D. *h. t.*—L. 17. § 1. D. *de leg.* I.— L. 68. pr. L. 101. pr. D. *de leg.* III.

5) § 22. I. *de leg.*—L. 20. L. 34. § 14. D. *de leg.* I.— L. 12. § 1 sqq. D. *qu. dies leg. ced.* (XXXVI, 2.) — Nec vero est, quod contra statuamus propter L. 17. D. *de reg. jur.*; quippe cui explicandae

quam eorum, qui onerantur [5]). Qua tamen in re non est praetereundum, juris antiquioris hanc fuisse rationem, ut hi, a quibus per damnationem legatum esset, similes haberentur eorum, qui pacti essent, ut aliquid darent praestarentve [6]). Cujus quidem juris vestigia non plane nulla collectione Justinianea relicta sunt [7]).

TIT. II. DE TESTAMENTORUM ET FORMA ET ARGUMENTO, MAXIME QUA AD SUCCESSIONEM SPECTANT PER UNIVERSITATEM.

§ 658. I. *Forma ultimarum voluntatum* (*). — *Historiae testamentorum adumbratio* (**).

Antiquitus testamenta fiebant calatis comitiis [1]), tum etiam in procinctu, scil. ab his, qui in proelium erant exituri [2]). Deinde usu venit testamenti per aes et libram, i. e. mancipatione, peragendi forma [3]). Et cum primo quidem ad familiae emtorem reapse bona deferrentur defuncti, postea tamen non nisi dicis causa, scilicet ut formae satisficret juris consuetae, familiae emtor adhiberi solitus est [4]). Praeterea mos obtinuit, ut plerumque scriptis testator voluntatem suam significaret, ac tabulae testamenti, post mancipationem factam et nuncupationem solemnem [5]), a testibus, tum etiam a libripende nec non a familiae emtore signarentur [6]). Quamquam vero eo non desiit testamentorum genus, quibus palam testator coram testibus, quae fieri voluit, pronuntiaret [7]), tamen pervulgatissimus ille, quem diximus, mos, eum pluribus legislatorum decretis ansam dedit, quae, licet non nisi de scriptis intelligi testamentis queant, tamen tamquam de universo testamentorum genere praecipere videntur [8]), tum vero maxime novae introducendae testamentorum formae causa fuit, siquidem Praetores ex testa-

exemplum inserviet L. 15. D. *de annuis legat.* (XXXIII, 1.) allatum. — Caeter. vid. L. 39. § 6. et L. 14. in f. D. *de leg.* I.

6) *Ulpiani* Fr. XXIV, 14.

7) L. 34. § 14. L. 45. § 1. L. 110. D. *de leg.* I. — L. 19. L. 43. in f. *de leg.* II. — L. 29. § 1. *de leg.* III. — Cf. *Vinnius* ad § 22. I. *de leg.*

§ 658.

(*) Inst. (II, 10.) *de testamentis ordinandis.* — Dig. (XXVIII, 1.) (*qui testamenta fac. possunt et*) *quemadmodum testamenta fiant.* — Cod. (VI, 23.) *de testamentis et quemadm. testam. ordinentur.* — *Not. O.* Tit. v. Testam. (II.).

(**) *Gaji* inst. II. § 101—104. — *Gellii* noct. Att. XV, 27. — *Ulpiani* Fr. XX. § 2. — § 1—3. I. *de test. ordin.* — *J. G. Heineccius* de origine testamentifactionis et ritu testandi antiquo (in opusc. Syll. exerc. XXVII. p. 970 sqq.). — *A. D. Trekell* Tr. de origine atque progressu testamentifactionis praesertim ap. Romanos. Lips. 1739. — *J. H. Dernburg* Beyträge zur Gesch. d. röm. Testamente. Bonn. 1821.

1) Caeterum de eo, utrum eodem modo, quo leges, in hisce comitiis condita fuerint testamenta, an populus testimonii tantum solemnitatisque causa convenerit, adhuc disputatur. — Vid. *Trekell* l. l. C. II. § 9—17. — *Dernburg* § 6—13. — *Gans* Erbr. II. p. 40—72. — Cf. *Glück* Pand. XXXIV. p. 151 sqq. (not. 3.).

2) *Gaji* Inst. II, 101. — Cf. inter se *Heineccius* l. l. § 14. 15. — *Trekell* C. II. § 20—23. et *Schrader* in *Hugo's* civilist. Mag. V. Nr. VII. p. 154 sqq. not. ***.

3) *Gaji* inst. II, 120. — Cf. *Theophilus* ad § 1. de testam. ord. et *Virgilii* interpr. ad Aen. X. v. 241. (ap. *L. Pernice* Chrestomatie von Beweisstellen zu dessen Grundr. d. Gesch., Alterth. u. Inst. des Röm. R. p. 376.). — *Schrader* l. l. p. 152 sqq. — *Dernburg* § 14—19.

4) *Gaji* inst. II, 103. — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVIII. p. 255 sqq. not. 4.

5) *Gaji* inst. II. § 104. « — — Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote. Et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare; et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.» — Cf. *Ulpiani* Fr. XX, 9.

6) Arg. L. 2. C. *de bon. poss. sec. tab.* (not. 9.). — *Trekell* l. l. § 48. p. 173. — *Dernburg* p. 214. et 248. — Dissent. *Savigny* Zeitschr. I. p. 85 sq.

7) Vid. v. c. L. 25. D. *h. t.* — L. 58. pr. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 20. § 1. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII, 6.) — L. 8. § 4. D. *de b. p. sec. tab.* (XXXVII, 11.)

8) Vid. § 655. et *Dernburg* l. l. p. 141. — Cf. *Schilling* Bem. üb. R. R. G. p. 375 sq. et p. 427. not. *. — *Glück* l. l. p. 245 sqq. (vid. et *Cic.* in Verr. I, 45.).

mento septem testium sigillis obsignato secundum tabulas bonorum possessionem dare consueverunt [9]). Post quod tempus duae juxta constitere testamentorum formae, altera civilis juris, altera praetorii [10]), donec pedetentim, in unum conspirantibus et legibus et moribus, ad unam revocata est juris formam testamentorum condendorum ratio [11]), certe eorum, quae privata auctoritate fiebant. Nam alia etiam christianorum impp. aetate obtinuerat testamentorum vel ex magistratus vel ex imperatoris auctoriate celebrandorum ratio [12]). Atque hinc est, quod in forma testamentorum explicanda soleant privata a publicis distingui testamentis. Sed de unoquoque genere seorsim nunc videbimus.

§ 659. A) *De testamentorum, quae privata auctoriate conduntur, forma; 1) communia praecepta utriusque et scripti et nuncupativi testamenti.*

Ut testamenta ex privata quidem auctoritate recte condantur, duo universim sunt necessaria. Et primum quidem est, ut septem adhibeantur testes [1]), idonei illi quidem, atque eo modo, quo oportet, in testandi actu praesentes. Prohibentur autem a testimonio dicendo in testamentis alii propter naturale impedimentum, ut furiosi [2]), quique horum similes sunt prodigi; ut impuberes, surdi, muti, coeci [3]); alii propter civilis juris impedimentum, quorum in numero sunt foeminae, servi [4]), hi denique, quos improbos esse atque intestabiles lex jussit [5]). Praeterea a testimonio et qui heres instituitur eo testamento arcentur [6]), et qui patriae potestatis vinculo conjuncti sunt aut heredi, aut testatori [7]), hoc pacto, ut ne de castrensi quidem peculio testari possit filiusfamilias testibus vel patre, vel fratribus, quibuscum ejusdem subjicitur patris potestati [8]). Caeterum, quo minus testamentarius admittatur ad testimonium dicendum, nihil impedit [9]). Jam, qui testes esse possunt, et uno eodemque tempore adsint necesse est (not. 14.), et

9) *Gaji* Inst. II. § 119. 147.—*Ulpiani* Fr. XXIII, 6.—§ 2. I. *h. t.*—Cf. et L. 2. C. *de b. p. sec. tab.* (VII, 11.) Imp. *Gordian.* « Bonorum quidem possessionem ex edicto Praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse, in dubium non venit. Verum si eundem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, *jure civili testamentum factum videri*, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem referri, explorati juris est.»—Vid. *Trekell* X. I. I. § 38—51.— Caeterum testium numerum septenarium ex juris antiqui observatione non esse repetendum, contendit *E. F. Bergmann* de numero septenario testium in testam. (Ed. 2.) Lips. 1748.

10) Interpr. ad L. 3. Th. C. *de test.* (IV, 4.) — *Trekell* I. I. § 52.—*Dernburg* § 27. 28.

11) § 3. I. *h. t.* et ib. *Theophil.* — Cf. inter se *Trekell* § 53. — *de Savigny* Zeitschr. I. Nr. V. — *Dernburg* I. I. § 29. 30.

12) *de Savigny* Gesch. des R. R. im Mittelalter I. p. 82. not. 195. et infra § 664.

§ 659.

1) § 658. not. 9.— Not.-Ordn. II. § 2. « — dass nach Kaiserlichen Rechten zu Aufrichtung aller Testamenten aufs wenigste sieben Zeugen nöthig sind, zu denen der Notarius auch gezählt wird.»

2) Cf. L. 20. § 4. D. *h. t.*

3) Arg. L. 9. C. *h. t.* « Si — — — testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet.» — (Cf. infra not. 12.)—Vid. *Glück* Pand. XXXIV. p. 297 sqq.—Dissent. *Ge. Henr. Lehrium* aliosque secutus *Hoepfner* Comment. § 445. et *Marezoll* Zeitschr. für Civilr. u. Proc. IV. p. 58—68.

4) Vid. tamen § 7. I. et L. 1. C. *h. t.*

5) § 6. I. *de test. ord.*—Not.-O. I. I. § 6.—*Vinnius* ad § 6. I. *h. t.*

6) § 10. I. *h. t.* (cf. *Gaji* inst. II, 105.—*Ulp.* Fr. XX, 3.).—§ 11. I. *h. t.* « Legatariis autem et fideicommissariis, *quia non juris successores sunt*, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus.»—L. 20. pr. D. *h. t.*—L. 22. in f. C. *eod.*—Nec igitur est, cur removeantur a testimonio, qui fideicommissarii universales dicuntur. — Cf. *de Loehr* Archiv f. civ. Praxis II. p. 189 sq.—*Fritz* in *Grolmani Loehrii*que Mag. IV. Nr. XVII. p. 324 sqq.—De ea vero quaestione, num is, qui, cum heres sit institutus, tamen ex L. 13. C. *de her. inst.* (VI, 24.) legatarii loco habetur (§ 666. not. 5.), testis esse possit, vid. *Glück* l. l. p. 360 sqq.

7) § 9. I. *h. t.*—*Gaji* inst. II, 106. 108. (supra § 563. nr. 3.).—Caeter. vid. § 8. I. *eod.* (L. 17. D. *de test.* XXII, 5.)—L. 22. pr. D. *h. t.*

8) § 9. I. *h. t.*—*Gaji* inst. II, 106. in f.—Contraria est L. 20. § 2. D. *h. t.*—At praeferenda est *Gaji* sententia, quippe quae magis consentanea esse videatur juris rationi.—Cf. *Vinnius* ad § 9. I. h. t. nr. 3. et *Glück* XXXIV. p. 368 sqq. (Nr. 2.)

9) L. 27. D. *h. t.* (Quaestio Domitiana. — *F. Kaemmerer* Beitr. zur Gesch. u. Theor. des R. R. Nr. III.)

voluntarii [10], et rogati [11], tum vero faciem videant testatoris [12]. Alterum est, quod necessarium esse diximus in testamentis condendis, quam quidem unitatem actus vocant [13]; scil. eodem et loco, et die, et tempore fiant testamenta [14], unoque contextu, i. e. nec aliena s. ad testamentum haud pertinentia eis intermisceantur [15], neque intermissionibus interrumpatur testandi actus, nisi iis, quae ad corporis necessitatem curamque, aut testatoris aut testium, pertinent, nec longius desiderant temporis spatium [16]. — Caeterum Maximiliani imp. lege, quae *Notariats-Ordnung* dicitur, etiam cautum est, ut quaecunque in ipso testandi actu literis consignentur, ea testatore testibusque praesentibus praelegi necesse sit [17].

§ 660. 2) *Propria* a) *scripti testamenti.*

Propria sunt scripti testamenti : primum quidem, ut, postquam testator, suum esse testamentum, coram testibus declaraverit, subscriptiones fiant cum testium tum ipsius testatoris [1], qui si ipse aut nesciat aut non possit subscribere, octavus subscriptor loco ejus adhibeatur [2]. Quodsi manu sua testator totum conscripserit testamentum [3], idque factum esse testamento expresserit, nulla praeterea desideratur subscriptio aut ipsius aut alius pro eo [4]. Alterum est illud, ut obsignetur testamentum a testibus [5], sive id propriis ipsorum sive alienis sigillis fiat [6], itemque nomina signis adscribantur [7]. Quemadmodum autem cuinam materiae inscriptum sit testamentum non magis interest [8], quam quanam lingua quibusve literis usus sit testator [9] : sic nec nocet, quaedam in testamento esse interlita et suprascripta [10], dummodo nec notis scriptae sint tabulae testamenti [11], et utique legi possint, quae literis consignata sunt. Neque vero necesse est, ut

10) L. 20. § 10. D. *h. t.*

11) L. 22. § 2. D. *h. t.* — L. 21. pr. C. *h. t.* — *Vinnius* ad § 3. I. h. t. nr. 6.

12) Arg. L. 9. C. *h. t.* (not. 2.). — *Vinnius* ad § 3. I. h. t. nr. 6. in f. — (Cf. et *Glück* Pand. XXXIV. p. 292 sqq. p. 304 sqq.) Cui etiam conveniens est, ut dicamus, non valere testamentum nocte nullisque adhibitis luminibus conditum. — Cf. *Hagemann* et *Günther* Archiv f. die Rechtsgel. I, 7. — Alioquin et nocte perfici posse testamenta, certissimi juris est. — L. 22. § 6. D. *h. t.*

13) *Hoepfner* Comment. § 444. — *Glück* Pand. XXXIV. § 1414. (p. 375 sqq.). — *Marezoll* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. IV. Nr. IV. (p. 54 sqq.).

14) § 3. I. *h. t.* — L. 21. pr. C. *h. t.* — *Marezoll* l. l. p. 68 sqq. (§ 3.).

15) L. 21. § 3. D. *h. t.* — L. 28. pr. C. *h. t.* — *Marezoll* p. 73 sqq. (§ 4.).

16) L. 28. pr. C. *h. t.* — *Marezoll* l. l. p. 88 sqq. (nr. II.).

17) Not.-O. l. l. § 3.

§ 660.

1) § 3. I. *h. t.* — L. 21. pr. C. *eod.* (VI, 23.) — Not.-O. l. l. § 7. — *Marezoll* in *Grolmani* et *Loehrii* Magaz. für R. W. u. Gesetzgeb. IV. p. 160. (cf. et infra not. 7.).

2) L. 28. § 1. C. *h. t.* — Cf. *Konopak* Instit. § 341. not. n. — *Gesterding* Ausbeute von Nachforschungen I. p. 344 sqq. (nr. 4.). — *Glück* XXXIV. p. 405 sqq.

3) Vocatur holographum testamentum. *Brisson.* de V. S. v. *holographus.*

4) L. 28. § 1. C. *h. t.* — Dissent. *Loehr* Archiv für civ. Praxis II. p. 190. 191.

5) § 3. I. *h. t.* «— signacula testamentis imponerentur», — L. 21. pr. C. *h. t.* — L. 22. § 7. D. *eod.* — *Pauli* sent. rec. IV, 6. § 1. — *Savigny* Gesch. d. R. R. im Mittelalter II. p. 182. — *Spangenberg* Archiv f. civ. Praxis V. p. 152 sqq. (cf. not. 7.).

6) L. 22. § 2. D. *h. t.* — § 5. I. *eod.* — L. 22. § 5. D. *eod.* — Vid. *Vinnius* ad § 5. I. h. t. nr. 3. — *Otto* ad eand. §. nr. 3. 4. — *Glück* l. l. p. 427 sqq. — Not.-O. l. l. § 7.

7) L. 22. § 4. L. 30. D. *h. t.* («Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo annotare convenit, quis et cujus testamentum signaverit.» — Cf. *Pauli* sent. rec. V, 25. § 6.) — *Savigny* l. l. p. 183 — 186. — *Spangenberg* l. l. p. 151 sqq. — A quibus dissentiunt *Loehr* Archiv f. civ. Praxis VI. Nr. XVI. et *Guyet* civ. Abh. Nr. III. — Cf. et *Glück* l. l. p. 420 — 467.

8) § 12. I. *h. t.* — L. 15. in f. C. *eod.* — L. 1. pr. D. *de b. p. sec. tab.* (XXXVII, 11.) — L. 4. *eod.* — *Alexander ab Alexandro* dier. genial. II, 30. et *E. Spangenberg* comm. de modo conficiendi instrumenta ap. Roman. (praem. *ejus* juris Rom. tabulae negotior. solemn. superstit.) S. I. § 1. p. 14 sq.

9) L. 15. in f. L. 21. in f. C. *h. t.*

10) L. 12. C. *h. t.*

11) L. 6. § ult. *de B. P.* (XXXVII, 1.)

certiores fiant testes de ipso testamenti argumento [12]), quinimo sufficit, tabulas testamenti, involucro aliove modo conclusa scriptura, testibus offerri, ut in reliqua parte subscribant et dein eas signent [13]). Caeterum quae Justinianus praeceperat, ut manu vel testatoris vel testium exprimi necesse esset heredis nomen [14]), idem postea sustulit [15]). Neque diei adjectio necessaria est in testamentis [16]).

§ 661. b) *Nuncupativi testamenti.*

Quod si velit aliquis per nuncupationem testari, septem adhibitis testibus palam ac dilucide eaque lingua, quam intelligunt omnes, voluntatem suam declaret necesse est [1]). Fit etiam saepius, ut, quod ore nuncupatum est testamentum, scriptis postea comprehendatur, quod quidem testamentum nuncupativum in scripturam redactum vocant [2]). Quo facto nihilominus naturam suam retinet testamentum ut nuncupativum [3]), scilicet ut vis illius ex subscriptionis signationisve solemnibus minime pendeat, nisi si non probandi, sed mutandi testamenti causa scriptis consignari voluntatem suam testator statuerit [4]).

§ 662. c) *De iis, quae in coecorum testamentis observanda sunt* (*).

In coecorum testamentis, si quidem per nuncupationem fiant, haec observari necesse est, ut coram septem testibus adhibitoque tabulario, aut loco ejus, si ille non adsit, octavo teste, palam testator, primum se sine scriptis velle testari declaret, deinde heredum et nomina exprimat et cujusque aut dignitatem aut personam certis indiciis describat, tum vero, quae ad unumquemque aut heredum aut legatariorum fideicommissariorum pertinere velit, accurata vel partium vel rerum definitione statuat. Quibus rite peractis, quae ita edicta sunt, cum literis mandari per tabularium oportet in testium praesentia, tum vero eorundem testium ipsiusque tabularii subscriptione et obsignatione firmari [1]). Quod si jam ante testandi actum literis consignari voluntatem suam curaverit testator, tum item convocatis his, quas diximus, personis, recitentur a tabulario vel octavo teste, quae scripta sunt, et postquam tenor eorum omnibus innotuerit, tum vero agnitione a testatore facta, similiter tabulae et subscribantur et signentur [2]). Caeterum quod nonnulli putant [3]), eadem illa, quae de coecorum

12) L. 20. § 9. D. *h. t.*

13) L. 21. pr. C. *h. t.* — *Glück* l. l. p. 454 sqq.

14) L. 29. C. *h. t.*—§ 4. I. *eod.*

15) Nov. 119. c. 9.—Cf. et *Hoepfner* Comment. § 446. not. 1.

16) Fragm. Modestini ex Lib. III. regularum (ap. *Schulting* in Jurisprudentia ante-Just. p. 801· in ed. Berol. p. 249.). — *Gluck* l. l. p. 408 sqq. (§ 1416.).

§ 661.

1) § 14. I. *h. t.*—L. 21. pr. D. *h. t.*—L. 21. § 2. L. 26. C. *eod.*

2) *D. Nettelbladt* D. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. Hal. 1753. — Cf. Not. - O. l. l. § 5. (§ 659. in f.).

3) At fieri tamen potest, ut vis ejus augeatur scriptura. — Vid. *Nettelbladt* l. l. § 26. Vid. supra § 654. not. 1. et infra locum de adipiscendae possessionis interdictis ex testamento (Cap. V.). — Cf. et *Glück* Pand. XXXV. p. 6 sqq.

4) Cf. omnino *Hofacker* pr. jur. Rom. Germ. § 1270.—*Glück* l. l. (XXXV.) p. 29 sqq. (§ 1418.).

§ 662.

(*) L. 8. C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22.)—Not. - O. l. l. § 9.

1) L. 8. C. cit. §. *Quibus omnibus ex ordine peroratis.* — *Marezoll* in *Grolmani* et *Loehrii* Magaz. IV. p. 169 sqq.

2) Vid. *Marezoll* l. l. p. 167. et p. 168 (nr. 3.)—173.

3) V. c. *Nettelbladt* de test. nuncup. in scr. red. § 12.

testamentis praecepta sunt, etiam in analphabetorum elogiis esse observanda, id nulla juris auctoritate confirmatur [4]).

§ 663. B) *Publica testamenta.*

Publica testamenta ex Romani quidem juris sententia interpretamur: quae aut judicis magistratusve actis insinuantur, aut principi publicantur [1]). At vero, et quae jure canonico comprobata sunt testamenta coram presbytero et duobus testibus condita [2]), et quae in nonnullis Germaniae regionibus usu venerunt, velut ea, quae duobus vel tribus senatoribus scabinisve, iisque testatoris domum convocatis, per nuncupationem proposita literisque statim sunt mandata [3]), item haberi in publicorum numero testamentorum convenit. Quocunque autem modo fiant hujusmodi testamenta, id utique negandum non est, publicae illius formae vim eo tantum contineri, ut nulla amplius desideretur juris solemnitas, non vero etiam, ut vitia e medio tollantur, quae alioquin impediant, quo minus valeant testamenta [4]). Itemque, quemadmodum et in privatis testamentis ipsi testandi actui praesentes adsint testatores necesse est: sic nec fieri potest, ut aliquis per procuratorem judici aliove modo, quo publica condantur testamenta, quae post mortem suam fieri velit, declaret [5]).

§ 664. *De mutuo s. reciproco testamento* (*).

Fieri potest, ut de duorum pluriumve hereditatibus eodem testandi actu iisdemque tabulis testamenti statuatur. Idque fit vel ab eodem testatore, velut si tabulas pupillares condat pater (§ 671.), de quo non est, quod hoc loco quaeratur; vel a diversis testamenti auctoribus. Quod quidem vocatur mutuum testamentum s. reciprocum [1]), propterea quod, qui testantur, alter alterum invicem solent heredem instituere, addito forte, ad quemnam post utriusque mortem bona perveniant [2]). Quodsi ea lege mutuum testamentum conditur, ut

4) *Hoepfner* Comment. § 460. in f. — *Thibaut* Archiv f. civ. Pr. VI. p. 235.—*Glück* Pand. XXXIV. p. 47 sqq. (§ 1406*e*.).

§ 663.

1) L. 18. 19. C. *h. t.*—*Savigny* Erklärung einer Urk. d. sechsten Jahrh. in d. Abh. d. hist. phil. Kl. d. Akad. d. Wiss. (Berl. 1818.) p. 69. Cf. *ejusd.* Gesch. des R. R. im Mittelalter I. p. 82 — 84. et *Spangenberg* Archiv f. civ. Pr. V. p. 189. in f. sq.— *F. C. Conradi* D. de testamento publico, quod fit ap. acta. Helmst. 1741. — *Glück* Pand. XXXIV. p. 154 — 180. De iis, quae cavenda sunt judici in recipiendis testamentis, vid. *Claproth* Rechtswiss. von freiwilligen Gerichtshandl. § 109 — 113. — *Glück* l. l. p. 203 sqq. (§ 1410. 1411.). — Cf. et *Pfister* in neues Archiv. des Criminalr., herausg. von *Kleinschrod, Konopak* u. *Mittermaier*, I. Nr. II.

2) c. 10. X. *de test.* (III, 26.)—*Glück* l. l. p. 180 sqq. (§ 1408*a*.).

3) Cf. *Conradi* l. l. § 20. — *Hoepfner* Comment. § 450.

4) L. 19. in f. C. *h. t.*—Cf. et supra § 103. not. 15. —Dissentit, certe quod attinet ad testamentifactionem, *Thibaut* Pand. § 831.

5) Quid? quod de eo, quoque valde dubitatur: num testamentum antea scriptum offerri vel exhiberi magistratui possit per procuratorem. Vid. *Conradi* l. l. § 18. — *Hoepfner* Comment. § 443. not. 3.—*Hofacker* § 1274. nr. II. — *Guyet* Archiv f. civ. Pr. XIII. Nr. XIV. — *Glück* l. l. p. 188 sqq. (§ 1409.). — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVIII. p. 303 — 309. — De ea vero quaestione: an illiterati testamentum, idque judici oblatum, in judicio recitandum sit coram testatore? vid. *Thibaut* Archiv für civ. Praxis VI. Nr. XII.

§ 664.

(*) *Hasse* Rhein. Mus. III. p. 239 sqq. et p. 490 sqq.— *Glück* Pand. XXXV. p. 50 sqq. ibique scriptores.—*Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVIII. p. 214 sqq. (Nr. III.)

1) Sunt, qui discrimen statuant inter mutua (quae etiam simultanea vocant) et reciproca testamenta; atque illa quidem interpretantur, quae a duobus fiunt eodem actu testandi, sic tamen, ut alterius testamentum ad alterum nullo modo spectet (velut *Hofacker* pr. jur. Rom. Germ. § 1360.); at neque loquendi nau illud defendi potest discrimen, neque juris rationi consentaneum est, ut omnino fieri possint hujusmodi testamenta.— *Auctoris* cont. l. l. p. 205 sqq. not. 74.

alterutro non valente neutrum possit stare, correspectivum appellatur testamentum. Et licet mutua testamenta quod quidem vim eorum attinet atque effectum, pro diversis plerumque habenda sint, hoc pacto, ut altero corruente, alterum nihilominus salvum sit [3]), tamen contrarium ex eo, quod verisimile est voluisse testatores, tamquam si diserte expressum sit, colligi potest [4]); atque hinc etiam est, quod plerique: conjugum testamenta reciproca esse correspectiva, statuere soleant [5]).

§ 665. II. *De argumento eoque necessario testamentorum.* A) *Heredis institutio* 1) *primi gradus* (*).

Totius testamenti velut caput et fundamentum est heredis institutio, quae, cum antiquitus quidem initio testamenti fieri deberet [1]), veteris tamen juris rigor pedetentim tolli coepit [2]), donec Justiniani Imp. constitutione penitus est abolitus, hoc pacto, ut scripturae ordo ac nuncupationis nihil amplius valeat ad testamenti vim definiendam [3]). Nec magis novo jure desideratur, ut certis verborum formulis fiat heredis institutio [4]), verum sufficit, ut voluntatem suam testator quacunque velit ratione significaverit heredisque personam certis indiciis demonstraverit [5]). Quae cum ita sint, nihil impedit, quo minus et tacite fieri posse heredis institutionem dicamus, licet non usque adeo nobis progrediendum sit, ut statuamus, in conditione positos [6]) habendos esse pro institutis [7]). Nec id utique necesse erit, ut in ipso testamento designetur heredis persona, sed

2) Quod testamentorum genus nec Romanis erat prorsus incognitum, nec cum captatoriis institutionibus debet confundi. — Vid. Nov. Valent. III, 63. (in jur. civilis antejustinianei edit. Berol. p. 1320 sqq.).— *Auctoris* contin. l. l. p. 216 sq. not. 74. — Caeterum vid. *Hasse* l. l. p. 239 sqq. (nr. 2.). *Gluck* l. l. p. 54—60.

3) Cf. *Hasse* l. l. p. 245 sqq. (nr. 5.) p. 262. p. 270. p. 271 sqq. nr. 27. 28.) p. 276. (nr. 31.) et not. 5. in f. — *Auctoris* contin. l. l. p. 62 sq. (Nr. a.)

4) Velut in causa a *Glückio* l.l. p. 62 sq. (nr. a.) proposita.

5) Vid. *Müller* obs. ad *Leyser*. obs. 633.—*Thibaut* Pand. § 955. in f. — *Hasse* l. l. p. 250 sqq. (nr. 8 — 26.). A quibus dissent. *Leyser* sp. 359. med. 5. — Singulares quasdam de reciproco conjugum testamento quaestiones proposuit *Corn. v. Bynkershoek* quaest. jur. priv. III. c. 8. in f. et 10.— Cf. et *Hasse* l. l. p. 490 sqq. (nr. 32—41.) et p. 547 sq. (nr. 55.) et *Auctoris* contin. l. l. p. 223—247.

§ 665.

(*) Inst. (II, 14.) Dig. (XXVIII, 5.). Cod. (VI, 24.) *de heredibus instituendis*.

1) *Ulp*. Fr. XXIV, 15.—§ 34. I. *de legat.*

2) *Paulli* sent. rec. III, 6. § 2.— *Ulp*. Fr. XXV, 8. — L. 1. pr. D. *h. t.* — § 3. I. *qui dari tut. test. poss.*

3) § 34. I. *de leg.*—Cf. *Vinn*. ad cand. §.

4) De jure antiquo vid. *Gaji* inst. II, 116. 117.— *Ulp*. Fr. XXI.

5) L. 15. C. *de testam*. (VI, 23.) — Cf. supra § 645. not. 2. 3.

6) Velut si ita locutus sit testator: *Titius, ante me mortuo Gajo, heres esto*. Igitur *Gajus* in conditione positus est.—Cf. *P. J. Heisler* D. de liberis positis in conditione comprehensis etiam in dispositione. Hal. 1754. — *Hoepfner* Comment. § 603. not. 2., qui caeteroquin exemplum minus aptum huic rei proposuit.

7) L. 16. § 1. D. *de vulg. et pup. subst.* XXVIII, 6. (« —Si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat: si vivo se filius decedat; potest dici, non rumpi superius testamentum, quia secundum non valet, *in quo filius praeteritus sit:* ») Quem quidem locum, quo minus ad solam necessariorum heredum institutionem trahamus, impedit L. 19. D. *de heredib. instit.* XXVIII, 5. (« Si quis, vacua parte relicta, ita instituerit: Si mihi Sejus heres non erit (quem non instituerat), Sempronius heres esto. An hic occupare possit vacantem portionem? Et Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti; Aristo contra putat, *quia huic pars esset data, quae nulla esset* — —. Et hoc jure utimur. ») — Neque vero dici potest, sponte esse ab usu remotos hos locos, scil. nova illa regula, quae traditur L. 15. C. *de test.* (VI, 23.) (not. 5.). Etenim ut tacite jus aliquod constituatur, certissima voluntatis indicia ex his, quae fiunt dicunturque, appareant necesse est. At profecto multis ex causis fieri potest, ut propter alias personas hereditatem ad eum pertinere nolit testator, quem alioquin heredem sibi relicturus sit. — Nec magis provocare licebit aut ad L. 85. D. *de heredib. instit.*, aut ad L. 4. C. *eod.*; quarum quidem altera fideicommissariae institutionis, haud sane dubiae, speciem tractat, altera veteris cujusdam controversiae, ejusdemque ab hac nostra quaestione prorsus alienae, dirimendae causa proposita est.— Caeter. cf. *Heisler* l.l. § 13. et 18.—*Hoepfner* Comment. § 474. not. a.

licebit testatori, ad aliam se referre scripturam, qua expressum inveniatur nomen heredis [8]), quam quidem mysticam s. implicitam vocant institutionem [9]). Debet autem cavere testator 1) in postumorum quidem institutione [10]), ut satis ampla utatur oratione, scilicet propter multas variasque causas, quae postumorum agnationem efficiant [11]), et praeterea 2) in suis heredibus, ut ne alia eos conditione heredes instituat, quam quae in potestate ipsorum sit, nisi si in defectum conditionis eos exheredaverit [12]).

§ 666. *De plurium heredum institutione, nec non de partibus hereditariis.*

Et qui ex testamentis succedunt, aut ex asse heredes sunt aut pro parte; qui coheredes etiam adjectorum nomine veniunt [1]). Jam vero aut disjunctim coheredes instituuntur, aut conjunctim. Triplici autem modo conjunctio fit: aut re et verbis, aut re tantum, aut verbis tantum. Re et verbis, si eadem formula ad eandemque hereditatis partem plures vocati sunt, velut hoc modo: Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto. Re tantum sic, ut separatis quidem formulis in eandem tamen hereditatis partem plures instituantur, velut si ita scripserit testator: Titius ex parte dimidia heres esto; Sempronius ex parte dimidia heres esto; Sejus ex parte, qua Titium heredem institui, heres esto. Et qui utroque modo conjuncti sunt, junctim accipiunt hereditatis partem eam, ad quam una vocantur [2]). Quodsi verbis tantum facta est conjunctio, velut sic: Titius heres esto; Gajus et Maevius aequis ex partibus heredes sunto, non tam conjunxisse quam celerius dixisse videtur testator, et ideo aequae hereditatis partes ad omnes pertinebunt [3]). Jam quod attinet ad ipsarum partium definitionem, si unus tantum heres erit institutus, licet ex parte vel ex re certa, ex pagani quidem testamento totam nihilominus capiet hereditatem [4]). Sin plures nominati sunt heredes, aliis vel simpliciter vel ex parte hereditatis, aliis vero ita scriptis, ut non nisi certa res vel quantitas ad eos pertineat, hi quidem detracto heredum nomine legatariorum loco habentur [5]). Inter plures igitur heredes, qui quidem simpliciter

8) L. 77. D. *h. t.* (cf. § 653. not. 1.).

9) *Leyser* med. ad Pand. sp. 351. m. 9. — De ea vero quaestione, num implicita s. mystica heredis institutio etiam nuncupativo fieri possit testamento? vid. *Glück* Pand. XXXV. p. 15 sqq.

10) De qua vid. § 641. not. 8—11. Cui tamen add. *A. G. Foerster* de bonorum possessione liberor. praeteritor. contra tab. parent. § 32—47. — *Francke* Notherbenrecht § 3. — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVI. p. 173—299.

11) *Foerster* l. l. § 42. p. 119 sq. et § 35. 36. — *Auctoris* cont. l. l. p. 288 sqq. (Nr. 3.).

12) L. 4. L. 5. L. 6. pr. L. 86. D. *h. t.* — L. 15. L. 28. D. *de condit. inst.* (XXVIII, 7.) — L. 28. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2.) — L. 4. C. *de inst. et subst.* (VI, 25.) — *E. C. Westphal* resp. *Mayer* D. de conditione potestativa institutioni liberor. adjecta. Hal. 1758. — *G. Fein* D. de herede suo sub conditione instituto. Goett. 1777. — L. 83. D. *de cond. et dem.* (XXXV, 1.) — *Foerster* l. l. p. 48 sqq. — *Auctoris* cont. l. l. p. 354—386. — Quae quidem dispositio ad filias nepotesve referenda non est. — L. 4. pr. L. 6. § 1. D. *h. t.* — *Auctoris* cont. l. l. p. 386. — *Huschke* in Rhein. Mus. VI. p. 312.

§ 666.

1) L. 78. § 3. L. 88. D. *h. t.* — L. 32. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII, 6.)

2) L. 142. D. *de verb. sign.* — L. 15. pr. L. 59. § 2. D. *h. t.* — L. 80. *de leg.* III. — Cf. *M. L. Mayer* das Recht der Anwachsung bei dem Erbrechte. (Tub. 1835.). p. 57—71.

3) L. 13. pr. L. 66. D. *h. t.*

4) § 5. I. L. 1. § 4. D. *h. t.* — L. 41. in f. D. *de vulg. et pup. subst.* — L. 74. *h. t.*

5) L. 13. C. *h. t.* — Quamquidem legem alii aliter interpretantur, v. c. *Leyser* m. ad Pand. sp. 361. m. 8—11. — *Hennemann* Untersuchung zweier verwandter Rechtsfragen (Schwerin 1790.): 1) ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beschränkung eingesetzten als Legatarius anzusehen sei? — Cf. *Hoepfner* Comment. § 494. not. 4. — Caeterum similis habetur ei, qui heres nominatus est ad rem certam, is, cui omnium bonorum ususfructus titulo heredis relinquitur. At de eo valde dubitatur, num legatarii loco habendus sit, qui solus instituitur in usufructu, ea lege, ut mortuo eo ad alium pertineat hereditas. Quam quaestionem secundo loco explicandam proposuit *Hennemann* scripto laud. p. 35. sqq. — Cf. *Gluck* Comment. IX. § 632. p. 185 sqq.

scripti sunt, aequis ex partibus dividetur hereditas [6]), ita scilicet, ut, qui vere sunt conjuncti, pro una habeantur persona (not. 2.). Atque idem dicendum est, si forte omnes tantum aut ex rebus certis, aut ex ejusdem rei partibus heredes scripti sunt; quo quidem facto unicuique heredum, praecepta re vel parte designata, aequalis hereditatis pars tribuatur [7]). Quodsi partes testator expresserit, licet plerumque assis in duodecim uncias distributionem [8]) respexisse videatur, ad quam etiam juris nostri auctores decreta sua accommodare consueverunt, tamen primum omnium, quam in distribuendo rationem ille secutus sit, spectandum est [9]). Jam vero 1) si omnes scripti sunt ex parte, asse nondum expleto, vacans portio pro hereditaria parte cuique accedet [10]); at pluribus quàm duodecim unciis distributis, quod ultra, quam oportebat, adscriptum est, pro rata parte cuique decrescet [11]). Quodsi 2) in quorundam tantum personis partes expressae, alii sine parte scripti sunt, hi quidem, si forte aliquid deerit assi, id accipient [12]). Si plus est distributum, quam in asse est, si quidem plures sunt deinceps scripti atque ita, ut ad priores totum aliquod pertineat, partes ad posteriores, illi quidem non nisi id accipient, quod reliquum est detractis partibus, quatenus non manifesto refragatur testatoris voluntas [13]); sin aliter res, aut ex verborum sensu aut ex testatoris arbitrio aestimanda erit, tum, si completus est as ipsa partium distributione, in dimidiam partem concurrent, qui sine partibus scripti sunt: quodsi plures sunt adsignatae partes, quam duodecim unciae, in id concurrent, quod dupondio deerit, vel etiam tripondio [14]).

§ 667. 2) *Heredis substitutio* (*). *Ejus notio et species.*

Substitutio est designatio ejus, qui in alius locum succedat. Solet autem, quod quidem ad successionem in universum defuncti patrimonium attinet [1]), duplex distingui tamquam summum substitutionis genus, alterum directae, alterum fideicommissariae [2]); quae quidem ita potissimum inter se differunt, quod ex altera, qui substituitur, recta via succedit defuncto, ex altera vero non nis

6) § 6. I. L. 9. § 12. D. *h. t.*

7) L. 35. pr. et § 1. L. 78. pr. D. *h. t.* — L. 9. § 13 *eod.*—L. 10. *eod.* (« Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, periode habebitur, quasi non adjectis partibus heredes scripti essent: nec enim facile, sed diversitate partium portiones inveniuntur; ergo expeditius est, quod Sabinus scribit: *perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset* »—. Forte legendum: « nec enim facile *pro diversitate praediorum* »—cf. et not. in ed. *Geb. Sp.*) — *Averanii* interprett. Lib. IV. c. II.

8) § 5. I. L. 50. in f. D. *h. t.*—*Volusii Maeciani* de partibus assis liber, Tb. C. editioni, quam cur. *Cujac.* (Aurel. 1580.), adj. — Nomina autem partium assis baec sont: uocia, sextaos, qnadraos, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, decunx sive dextans, deunx. Praeterea et unciarum partes notandae sunt, velut semuncia, sicilicum, sescuncia, L. 8. § 8. D. *de inoff. test.* (V, 2.) — L. 21. § 2. D. *de ann. legat.* (XXXIII, 1.); tum etiam assis vel duplicati, vel triplicati notiones; dupondii et tripondii nominibus veniunt. — Cf. *Vinn.* ad § 5. I. b. t. nr. 1. — *Heineccii* antiq. II. tit. XIV. § 5. 6.

9) L. 13. § 1. D. *h. t.*—§ 5. I. *eod.* — Cf. L. 13. pr. D. *de lib. et posth.* (XXVII, 2.) — *Averanii* interpr. I, 21. nr. 6. 7.

10) L. 13. § 2. 3. L. 78. § 1. D. § 7. I. *h. t.*

11) L. 13. § 4 — 7. D. § 7. in f. I. *h. t.* — Cf. *E. Schrader* civ. Abh. II. Nr. IV.

12) L. 17. pr. D. § 6. I. verb. *Partibus autem* rel. *h. t.*

13) L. 23. C. *de leg.* (VI, 37.)— Vid. *E. Schrader* civ. Abh. II. Nr. IV.

14) § 8. I. L. 17. pr. § 1. 2. 4. L. 18. D. *h. t.* — Caet. L. 17. § 3. *eod.*

§ 667.

(*) Inst. (III, 15.) *de vulgari substitutione* et (II, 16.) *de pupillari substitutione.* — Dig. (XXVIII. 6.) *de vulgari et pup. subst.* — Cod. (VI, 26.) *de impuberum et aliis substitutionibus.* — *G. H. Turcq* D. de jure substitutionis. Lugd. Bat. 1744.

1) Nam « ut beredibus substitui poteet, ita etiam legatariis. Videamus, an idem fieri possit, et cum mortis causa donabitur, ut id promittat ille alteri, si ipse capere ooo poterit? quod magis est, quia in posterioris quoque personam donatio confertur. » — L. un. § 7. io f. C. *de cad. toll.* (VI, 51.)

2) L. 57. § 2. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)

alius heredis interveniente persona [3]). Itemque directae, quam solam hoc quidem loco tractamus, plures sunt species, hae scilicet : vulgaris (§ 668.), pupillaris (§ 671.), quasi pupillaris (§ 675.) quam vocant [4]). Jam vero de singulis seorsim videamus.

§ 668. *Singulatim* a) *de vulgari substitutione; cujus proponitur* α) *notio.*

Vulgariter substituere est : cum in eventum, ut heres non fiat, qui priori loco institutus est, alium nominare heredem [1]). Duplici autem modo fit, ut heres aliquis non existat : aut quod nolit esse heres, aut quod non possit [2]). Testator igitur et in alterutrum tantum casum substituere potest, et in utrumque, idque voluisse (ex plerorumque quidem opinione) censetur, etiamsi non nisi alteram substitutionis conditionem in testamento expresserit [3]). Praeterea non modo singuli singulis, verum etiam plures in unius locum aut unus in plurium, tum vero coheredes invicem possunt coheredibus substitui [4]). Quam quidem posteriorem substitutionis speciem jam juris nostri auctores reciprocam, tum, si generali formula facta est substitutio, breviloquam s. compendiosam recentiores JCti solent vocare [5]).

§ 669. β) *Vis.*

Est ea potissimum substitutionis vis, ut, deficiente primo herede, ad secundum, vel etiam sequentem, tantum deferatur ex hereditate, quantum alioquin ad institutum fuisset perventurum, nisi si, coheredibus instituto datis, minorem substituto partem testator adsignaverit ; quo quidem facto reliqua pars ad coheredes pertinebit jure accrescendi (not. 5. 6.). Quodsi invicem plures heredes sibi substituti sunt, plerumque existimandum est, ex iisdem partibus substitutos esse, ex quibus instituti sint [1]), hoc pacto, ut etiam potior conjunctorum ratio habenda sit [2]). Praeterea coheredem oportet, ut ex substitutione aliquid ad eum perveniat, etiam institutionis jure fieri heredem [3]). Neque vero, quemadmodum jure accrescendi, sic etiam substitutionibus efficitur, ut ipso jure coheredis portio ad coheredem pertineat, verum et vivo deferatur et legitime acquiratur,

3) Cf. et *Averanii* interpr. IV, 6. — *Hoepfner* Comment. § 601. 602. io f., oec noo § 495. oot.5.

4) Vulgo etiam loquuntur de militari, quam dicuot, substitutione, eo, quod militibus, sicut in aliis, ita et io substitutionibus, formam juris consuetam negligere coocessum est. Cf. *Duareni* disp. anniv. II. 7. opp. p. 1662.

§ 668.

1) Dicitur etiam : secundo, tertio, vel ulteriore gradu heredem scribere. L. 1. pr. L. 36. pr. D. *h. t.* —Caeterum scripturae ordioem eum servare, necesse non erit, ut is, cui priori hereditas deferatur, utique oominetor primo loco. L. 28. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.)—« Titius heres esto, si Secundus heres noo erit. »

2) L. 3. C. *de heredib. instit.* (VI, 24.)

3) Arg. L. 4. pr. et § 1. D. L. 4. C. *h. t.* — Caeterum vulgaris sententia solidis rationibus defendi haud posse videtur. Vid. *Vinnius* ad § 1. I. h. t. (II, 15.) nr. 3. et *Ulr. Huber* Prael. ad Paod. h. t. nr. 1.

4) § 1. I. *h. t.* (II, 15.). — L. 36. § 1. D. *eod.* — L. 37. § 1. D. *de hered. inst.* — L. 37. *h. t.* « Vel singulis liberis (vel ei), qui eorum novissimus morietur, heres substitui potest; sioguiis, si neminem eorum intestato decedere velit, novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit. »

5) *J. E. Sutorius* de substitutiooe reciproca ejusqoe a jure adcrescendi discrimioe. Hal. 1750. — *Weber* ad *Hoepfnerum* § 501. not. 1. — Cf. § seq. not. 4.

§ 669.

1) L. 5. L. 23. et 24. D. *h. t.* — § 2. I. *eod.* (II, 15.).

2) L. 41. § 4. D. *h. t.*

3) L. 45. § 1. D. *h. t.*—Cf. L. 73. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.)

necesse est [4]. Caeterum substitutione tollitur jus accrescendi [5], sic tamen, ut, qui plurium in locum heredum universim substitutus est, non nisi postquam omnes defecerunt substitutionis jure admittatur [6]. At transmissionem hereditatis nondum aditae minime excludi substitutionibus, vero dicendum est [7].

§ 670. γ) *Exstinctio.*

Exstinguitur substitutio, si aut institutus hereditatem sibi aliive acquirit [1], aut ante illum moritur substitutus. Quemadmodum autem suo herede existente eodemque postea abstinente nihilominus salvum manet jus substituti [2]: sic nec primo substituto deficiente ante institutum, jus secundi evanescet, siquidem qui substitutus est substituto, etiam substitutus esse censetur instituto [3].

§ 671. b) *De pupillari substitutione* (*). α) *Ejus et notio et conditiones necessariae.*

Pupillariter substituere, ut quidem proprie dicitur [1], est, heredem pupillo scribere, eum in eventum, si is intra pubertatis annos decedat [2]. Quae pupillaris substitutio 1) a patre fiat, necesse est, avoque paterno, jure patriae potestatis, liberis nepotibusque, non jam natis solum, verum et postumis, in alius tamen patris potestatem post testatoris mortem non recasuris [3]. 2) Ipse sibi quoque heredem pater instituat [4], sive id diversis fiat sive iisdem tabulis [5], sic tamen, ut, si quidem uno testamento utraque fiat heredis institutio, quem voluerit scripturae ordinem pater sequi possit, sin vero diversis, primo sibi, dein impuberi facere testamentum, necesse habeat [6]. Praeterea 3) plerumque etiam requiritur, ut jure constet patris quidem testamentum, nec postea in irritum cadat [7].

§ 672. β) *De his, qui honorantur pupillaribus tabulis.*

Potest pater quos velit heredes scribere pupillo, eos quoque, qui ex ipsius

4) L. 9. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) (§ 668. not. 3.) — Caeter. vid. L. 35. pr. D. *de acq. vel omitt. her.* (XXIX, 2.)

5) L. 2. § 8. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII, 14.) — Nov. 1. c. 1. § 3.

6) L. 42. D. L. 10. C. *h. t.*

7) Cf. *Sutorius* Diss. § 668. not. 5. laud. § 8. not. et *Thibaut* Versuche I. nr. 13.

§ 670.

1) L. 5. C. *h. t.* — L. 40. 41. C. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.) — § 4. I. *h. t.* — *v. Loehr* in *ejus* et *Grolmani* Magazin T. III. nr. VI. p. 139 sqq.

2) Vid. *Vinnius* sel. jur. qu. II, 23. et infra § 693. not. 12.

3) L. 27. L. 41. pr. D. *h. t.* — § 3. I. *eod.* (II, 15.) — Cf. *Hoepfner* § 503. — Caeter. vid. infra § 674. not. 3.

§ 671.

(*) *Ge. S. Madihn* D. de vera indole substitutionis pupillaris tam jure veteri quam recentiori. Hal. 1750.

1) Vid. enim L. 33. pr. D. *h. t.* — *L. Charondae* verisimil. II. c. 13. (in *Ottonis* thes. I. p. 760.)

2) Pr. I. *h. t.* (II, 16.). — L. 10. § 5. D. *h. t.* — Cf. et a) L. 14. D. *h. t.* — b) § ult. I. *eod.* (II, 16.)

3) L. 2. pr. D. *h. t.* « — — — — emancipatis non possumus; postumis plane possumus. Nepotibus etiam possumus, et deinceps, si qui non recasuri sunt in patris potestatem. Sed si eos patres praecedant, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint, vel exheredati: ita enim post Legem Vellejam (*Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVI. p. 216 sqq.) succedendo non rumpunt testamentum. Sed et si extraneum quia impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere: si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel adrogaverit, filio praecedente. » L. 33. § 1. *eod.* — (Cf. L. 29. § 6. D. *de lib. et posth.* XXVIII, 2.) — § 4. I. (II, 16.). — L. 1. § 2. L. 10. § 5. D. *eod.* — Cf. et § 673. not. 7. — *Loehr* Archiv f. civ. Praxis IX, VII. nr. III. p. 112—115.

4) L. 1. § 3. L. 2. § 1. D. *h. t.* — § 5. I. *eod.*

5) § 2. et 3. I. *h. t.* (II, 16.) (cf. *Gaji* inst. II, 181.). — L. 20. 21. D. *eod.* (cf. not. sq.). — *Glück* Pand. XXXV. p. 41 sqq. (§ 1419*a*.).

6) L. 2. § 4 — 7. L. 10. § 1. D. *h. t.* — *Vinnius* ad § 5. I. *h. t.* nr. 1. — *Madihn* l. l. § 10. — Cf. et *J.L. Conradi* opusc. (Brem. 1777.) I. p. 223 sqq.

7) § 5. I. *h. t.* — L. 10. § 4. D. *eod.* — Cf. § 674. not. 7—10.

testamento aut omnino quicquam, aut totum, quod eis relictum est, capere prohibentur [1]). Nec necesse habet pater, legitimorum heredum, si qui sunt pupillo, rationem habere, ne eorum quidem, quibus alioquin jus est, de inofficioso querendi testamento [2]). Praeterea quos ipse habet necessarios heredes, eosdem etiam pupillo facere potest, i. e. efficere, ut ipso jure eidem sint heredes [3]). Neque vero plerumque licet patri, legare ab exheredato impubere ejusve substituto [4]), cum duae sint hereditates, et patris et filii, quamvis ex uno profectae testamento [5]).

§ 673. γ) *Simplex, duplex substitutio atque utriusque vis.*

Si heredem pater pupillum instituit, tum in alterutrum casum ei substituere potest, i. e. aut in primum seu vulgarem, aut in secundum seu pupillarem, tum vero in utrumque; quae quidem duplex vocatur substitutio, contrario simplicis nomine opposito [1]). Qua in re post veterum altercationes [2]) obtinuit, ut, cum in alterum casum pater filio substituerit, in utrumque substituisse intelligatur [3]),

§ 672.

1) L. 6. D. *h. t.* — L. 43. § 3. *eod.* « Julios Longious pater eos, qnos sibi heredes instituerat, filio ita substituit: quisquis sibi heres esset; unus ex heredibns iostitutis, qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capienti partem ex eo, quod acceperat, daret (*Ulp.* Fr. XXV, 17.), ad substitutionem impuberis admissus, *utrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit, veniat, an vero, quam cepit, ita, ut augeatur ejus pars in substitutione?* Respoodi, qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur, nec desinet heres esse, licet res, quae ita relictae sunt, auferantur. Unde et ex secundis tabulis in totum heres esse potest, in quantum scriptus esset: satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges. Quin immo, etsi desineret heres esse, item dicerem: quemadmodum intelligendum est io eo, qui, cum scriptus esset heres, postquam adiisset hereditatem, in servitutem redactus est et postea libertate donatus; cui permissum est, ad substitutionem venire, quae ei testamento fuerat relicta.» — Cf. *v. de Water* obs. II, 2. — *Madihn* l. l. § 9. p. 103 sqq.

2) L. 8. § 5. D. *de inoff. test.* (V, 2.) (§ 674. not. 7.). — c. 1. inf. *de test.* in VI. (III, 11.) — *Madihn* l. l. § 8. nr. VII. p. 89 sqq. — Dissent. *Westenberg* Diss. II. de portione legit. c. 3. § 8. et *Zimmern* in ej. et *Neustetelli* röm. rechtl. Untersuchungen I. p. 85 — 88. — Sed vid. *Thibaut* Archiv für civilist. Praxis V. p. 345 — 349. (nr. 6.).

3) L. 2. § 4. L. 10. § 1. D. *h. t.* — L. 18. pr. D. *de rebus dubiis.* (XXXIV, 5.)

4) L. 41. § 3. D. *h. t.* et L. 41. § 3. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.) — Except. vid. L. 11. § 8. et L. 87. § 7. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV, 2.) — Cf. *Papillonius* de substit. pupillari c. 7. (ap. *Ottonem* thes. IV. p. 743 sqq.).

5) § 2. I. *h. t.* «— in pupillari substitutione — — duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset, aut certe unum est testamentum duarum causarum, i. e. duarum hereditatum.» (*Madihn* § 9. p. 83 sqq.) — Cf. L. 11. § 5. D. *ad L. Falc.* (XXXV, 2.) et infra doctrinam de quarta Falcidia ejusque computandae ratione (Cap. V.).

§ 673.

1) L. 1. § 1. L. 4. § 2. L. 45. pr. D. *h. t.* — Pr. I. *eod.*

2) Exemplo sit clarissima M'. Curii causa, in qua laudanda mirifice sibi placet *Cicero*, de or. I, 39. II, 32. aliisque in locis.

3) L. 4. pr. et § 1. D. *h. t.* (vid. et *Gaji* inst. II. § 179. 180.). — *Vinnius* sel. jur. quaest. II, 24. — *C. G. Schweitzer* pro substitutione vulgari tacita. Jen. 1814. — Negat quidem *de Wening*, vulgarem esse praesumendam substitutionem (Zeitschr. f. Civilr. u. Process III. Nr. VI. et VII. atque ibi vel maxime Nr. VI. § 9. p. 144 — 152. et Nr. VII. p. 153 — 167.). Nos autem, ut ne a communi sententia recedamus, his maxime movemur rationibus: 1) Omni oobis dubio carere videtur, in ea quaestione versatum fuisse Curianum judicium (not. 2.): num in pupillari substitutione tacite inesset vulgaris? Nam cum postumus suus, simulatque natus est, ipso jure heres sit, testatoris decretum ejusmodi: *si filius mihi genitur, isque prius moritur, quam in suam tutelam venerit*, propter posteriora verba non ad vulgaris substitutionis conditionem referri potest, sed pupillarem substitutionem contineat, necesse est. 2) Nec quicquam causae est, cur non generali sensu accipiantur, quae generatim edicuntur L. 4. pr. D. *de V. et p. S.*: « ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit»; qui quidem sensus et aperte confirmatur *Gaji* loco modo laudato. 3) Quid? quod fortior etiam ratio est pro vulgari substitutione tacita, quam pro pupillari, siquidem potius existimandum est, patrem velle, sibi esse heredem eum, qui non per filium excludatur, quam eundem esse filii heredem, hujusque excludere successores, adeoque ipse verborum sensus magis favet vulgari substitutioni tacitae, quam pupillari. 4) Nec contraria est L. 28. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) (vid. infra not. 8.). Neque enim

nisi si aut reciproca facta sit substitutio imparibus personis, quarum uni duntaxat in secundum casum substitui potest, non etiam alteri [4], aut aliam fuisse patris voluntatem probabilibus rationibus efficiatur [5], aut in militis testamento facta sit substitutio [6]. Ad substitutum igitur, conditione existente substitutionis, bona pervenient aut pupilli, aut patris, aut utriusque [7]. Quodsi aut ipse pupillus heres factus est patris, aut cum eo alius ex parte paternae hereditatis scriptus est, qui impuberi substituitur, non potest substitutus duas hereditates separare, ut alteram quidem habeat, alteram non habeat, sed aut utramque repudiet aut utramque acquirat, necesse est [8].

§ 674. *d) Quomodo evanescat pupillaris substitutio.*

Finietur pupillaris substitutio 1) pubertate [1], tum vero temporis exitu, si quod est brevius substitutioni adscriptum [2], aliove modo non impleta conditione, quam pater apposuit substitutioni [3]. 2) Eo, quod vivo etiam patre in hujus potestate desiit esse pupillus [4]. Quodsi in hostium potestatem pervenit pater ibique decedit, itemque filius intra pubertatis tempus moritur, licet ante patris obitum, tamen ad substitutum pertinet hereditas, scil. propter Legis Corneliae fictionem [5]. Sin aut filius ab hostibus captus sit, aut uterque, et pater et filius, tum ex ea omnia pendent quaestione, quis prior, quis posterior decedat, hoc pacto, ut, si primus moriatur filius, evanescat substitutio; ad eamque ipsam quaestionem, nisi reversi fuerint captivi, item erit ex Lege Cornelia respondendum, in usum etiam adhibitis, quae de commortuorum jure praecipiuntur [6]. Exstinguitur etiam substitutio 3) patris testamento aut in totum infirmato ruptove [7], scil.

ipso jure heres est ex substitutione (§ 679. not. 4.), nec utique necesse habet substitutus, pupillo se abstinente, paternam suscipere hereditatem. — L. 42. pr. D. *de a. v. o. her.* (XXIX, 2.). 5) Ac multo etiam minus contrariam sententiam defendentibus aut ad L. 41. § 7. D. *h. t.* licebit provocare (ut fecit *Wenckius* indic. corp. jur. civ. supplemento p. 23.; sed vid. *Schweitzer* l. l. p. 12 sqq.), aut ad pr. I. *h. t.* — Cf. etiam *Hugo* Beiträge z. civilist. Bücherkenntniss T. II. p. 167.

4) L. 4. § 2. L. 45. pr. D. *h. t.* — L. 2. C. *eod.* — L. 4. in f. *eod.* — *Schweitzer* l. l. p. 15 sqq. — *de Wening* l. l. p. 123—128. (§ 4. et 5.).

5) L. 4. C. *h. t.* (« — *si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur* »). — L. 9. C. *de institutionibus et substitutionibus.* (VI, 25.)

6) L. 8. C. *h. t.* (vid. *de Wening* l. l. p. 137 sqq. § 7.). — Dissent. *Schweitzer* l. l. p. 20—23. — Caeterum, quoniam militibus etiam ultra pubertatis annos directe substituere concessum sit, (L. 15. D. *h. t.*), nihil impedit, quo minus ex testamento militis duplex esse possit puberis atque impuberis reciproca substitutio. — L. 6. C. *de test. mil.* (VI, 21.)

7) L. 10. § 5. D. § 4. I. *h. t.*

8) L. 10. § 2. et 3. D. *h. t.* — L. 59. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — L. 20. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — Diversa est quaestio: num, a paterna hereditate se abstinente pupillo, tamen qui substitutus ei est, creditoribus paternis respondere, seu patris onera subire, compellendus sit? Quam simpliciter negat *Ulpianus* L. 42. pr. D. *de acq. v. om. her.* (XXIX, 2.). — At paulo obscurius eandem tractat Javolenus L. 28. D. *de reb. auct. jud. possid.* (XLII, 5.) — Desudarunt multi in hoc loco explicando. Vid. v. c. interpretationes *Gordonii* (in *Ottonis* thes. II. p. 869 sqq.), *Heraldi* (ib. p. 1341 sqq.), *Suerini* (ib. IV. p. 82 sqq.) et *Popitionii* (ib. p. 734 sqq.). — Cf. et *Madihn* l. l. § 8. p. 56 sqq.

§ 674.

1) § 8. I. *h. t.* — L. 14. D. *eod.* — Caeter. cf. infra § 687. not. 11.

2) L. 21. L. 38. § 1. D. *h. t.* — Vid. et L. 43. § 1. *eod.* — Qui locus explicandus est ex L. 38. § 2. *eod.*

3) L. 41. § 7. D. *h. t.* — Cf. et L. 47. *eod.* — Cf. *Westphal* von Testamenten *ret.* § 712. — *Loehr* in Archiv für civ. Praxis IX. VII. nr. IV. p. 115 sq. (Ephemer. Tub. II. p. 177.)

4) L. 41. § 2. D. *h. t.*

5) L. 22. pr. D. *de capt.* (XLIX, 15.) — L. 1. C. *de postlim. revers.* (VIII, 51.) et not. seq.

6) Cf. inter se hi loci: L. 10. et 11. D. *de capt. et postlim.* (XLIX, 15.) — L. 28. 29. D. *h. t.* et *Auctoris* diatr. in Arch. f. civ. Pr. IV. p. 404 sq. not. 17. — Vid. et *Madihn* l. l. § 8. p. 69 sqq.

7) § 5. in f. I. *h. t.* — L. 16. § 1. D. *h. t.* (*verb.*: « Nam et si — — rumpetur »). — L. 8. § 5. D. *de inoff. test.* (V, 2.)

civili jure, non praetorio [8]), aut destituto facto [9]), sic tamen, ut, suis heredibus abstinentibus a paterna hereditate, nihilominus valeat substitutio [10]). Denique 4) adrogatione impuberis post patris mortem facta [11]).

§ 675. c) *De quasi pupillari substitutione* (*).

Quasi pupillarem substitutionem, quam etiam exemplarem vocant, tum Justinianeam [1]), interpretamur heredis nominationem mente capto a parente ipsius factam, eum in eventum, si in dementia ille moreretur. Jam vero, cum a patria potestate minime pendeat illa substitutio [2]), sequitur, ut non solum a patre, sed etiam a matre avoque materno fieri possit, dummodo haec observentur, cum, ut legitima portio relinquatur dementi, tum vero primum omnium liberi ejus, si quos habet, aut unus eorum, aut quidam, aut omnes, substituantur, vel, his deficientibus, fratres ipsius [3]). Quemadmodum autem non nisi ei ita potest substitui, cui legitima pars debetur a substituente: sic etiam consentaneum est, et ipsum, qui substituat, sibi debere testamentum facere, tum vero ad omnia dementis bona pertinere substitutionem [4]). Quoniam vero fieri potest, ut uterque parens, et pater et mater, testamentum condat dementi, eorum quidem bonorum ratione, quae non a matre profecta sunt, patris decretum praevalere, verius dicendum videtur [5]). Caeterum tollitur jus ex hac substitutione, et cum resipuerit demens, et mortuo demente ante testatorem, tum vero eo, quod liberi ei superveniant vel fratres, quorum haberi rationem oportebat in heredibus dementi nominandis [6]).

8) Nam « si contra patria tabulas b. p. petita sit, substitutio tamen pupillaris manet » — —. L. 34. in f. L. 35. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 22. *eod.*

9) L. 2. § 1. D. *h. t.* (*verb.:* « Adeo autem — evanescat »). — L. 10. § 4. *eod.*

10) L. 2. § 1. in f. L. 12. D. *h. t.* — L. 44. D. *de re jud.* (XLII, 1.) — L. 30. § 10. in f. D. *de fideic. lib.* (XL, 5.)

11) L. 17. § 1. D. *de adopt.* (I, 7.) « — — — caeterorum (adrogatio) prohibenda, ne esset in potestate tutorum, et finire tutelam, et substitutionem a parente factam extinguere. — Sunt, qui dissentiant, propter L. 22. § 1. *eod.* et L. 10. § 6. D. *h. t.*; qui quidem loci adrogatoris patris substitutionum faciendarum facultatem finibus quibusdam circumscribunt, minime vero antea factam servandam esse praecipiunt.

§ 675.

(*) § 1. I. L. 9. C. *h. t.* — *C. G. Madihn* opusc. vicissitudines substitutionis exemplaris ejusq. veram indolem continens. Hal. 1775.

1) Nam a Justiniano hoc jus introductum est, cum antea non nisi ex beneficio principali substituere liceret liberis mente captis ut et mutis et surdis. L. 43. pr. D. *h. t.*

2) Dissent. propter L. 7. C. *de cur. fur.* (V, 70.) *v. Loehr* Arch. für. civ. Pr. V. nr. 3. p. 115—120. —Sed vid. *Thibaut* ib. p. 338 sq. — Cf. etiam *Loehr* Arch. f. civ. Pr. IX, VII. nr. II. p. 110 — 112.

3) L. 9. C. laud. (cf. *Zimmern* Arch. f. civ. Pr. II, 28.). — Neque vero idem statui posse videtur jus de his, qui intervallum aliquod furoris subinde habere solent, quos quidem prae caeteris furiosorum nomine appellare solent (cf. § 181. not. 1.); vid. etenim L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (VI, 22.) Ac multo etiam minus de mutis et surdis, quorum quippe ratione vetus jus (L. 43. pr. D. *h. t.* suo statu relictum est. — Dissent. *Hofacker* pr. jur. civ. § 1319. nr. IV. — *Weber* ad *Hoepfner* § 511. not. 3. in f.

4) Vid. verba: *ad exemplum pupillaris substitutionis*, in utraque lege not. *. obvia. At non nisi in eam bonorum partem, quae a substituente profecta sit, fieri posse substitutionem, affirmant *Unterholzner* (Archiv f. civilist. Praxis II, 5. § 3.) et *Loehr* l. l. p. 165 sqq. — Contra quos vid. quae scripsit *Thibaut* ib. p. 337 — 344.; quem rursus refellere instituit: *Loehr* Arch. f. civ. Pr. IX, VII. nr. I. p. 99 — 110. (cf. et ephem. Erl. V. p. 284 sqq.). At iterum sententiam suam solidis rationibus defendit *Thibaut* Archiv f. civ. Pr. X. Nr. X. p. 217.

5) Arg. eorum, quae supra § 516. II. 1. et § 548. tradita sunt. Sed alii aliter rem explicant, velut *Vinnius* ad § 1. i. h. t. nr. 2. — *Hoepfner* Comment. § 510. not. 1. — *Thibaut* l. l. p. 341 sq., et *Haimberger* Archiv f. civ. Pr. XII. Nr. XVIII. p. 254 sqq.; (qui quidem non valere existimat substitutionem, nisi ab eo facta sit ascendentium, qui supremo moriatur.)

6) Arg. L. 43. pr. D. *h. t.* — Cf. *Loehr* l. l. (V. nr. 3.) p. 114 sq.

§ 676. B) *De necessariis heredibus eorumque exclusione* (*). 1) *Historica rei adumbratio.*

Latissima olim erat testamenta condentibus de rebus suis statuendi facultas; idque etiam XII tabularum lege confirmatum est jus [1]). At limites subinde huic additi sunt juri. Nam 1) obtinuit, ut ne suos heredes praeterire utique liceret patribus [2]). Qua tamen in re discrimen invaluit gravissimum inter filios, caeterosque, qui quaeve in suorum essent numero, siquidem illos necesse habebat pater aut heredes scribere, licet ex minima tantum parte [3]), aut nominatim exheredes facere [4]); quod ni fecisset, nullum omnino erat testamentum, intestatusque decessisse paterfamilias visus est [5]). Reliqui aut inter caeteros poterant exheredari [6]), dummodo haud eorum immemorem fuisse patrem, ex ipsius testamenti decretis certo appareret [7]), aut silentio etiam praeteriri, quo tamen facto, qui praeteriti erant, scriptis heredibus, suis quidem in virilem partem, extraneis in dimidiam hereditatis accrescebant [8]). 2) Deinde Praetor, liberorum potissimum gratia, qui, nisi emancipati essent, in suorum heredum fuissent numero, contra tabulas bonorum possessionem introduxit, qua quidem praeteriti uterentur [9]); quod Praetoris auxilium, licet non omnimodo efficeret, ut intestatus pater decessisse videretur, tamen ad suos quoque pertinebat ipsisque etiam prodesse poterat [10]). Jam vero 3) aliud etiam invaluit jus, prudentum auctoritate, ut videtur, constitutum [11]), centumvirale judicium s. inofficiosi testamenti querela [12]); eaque usi sunt, qui inique essent exheredati vel prae-

§ 676.

(*) *A. Heise* D. successoribus necessariis. Goett. 102. — *C. J. M. Valett* das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten, od. das sogen. Notherbenrecht. Gött. 1826. (cf. Ephemerid. Erl. II. p. 253 sqq. et *Waechter* in ephem. Tub. I. p. 1 sqq.). — *J. C. Bluntschli* Entwickelung der Erbfolge gegen en letzten Willen nach Röm. Recht, mit besonderer Rücksicht auf die Nov. 115. Bonn 1829. — *W. Francke* das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten Gött. 1831. — *Auctoris* comm. *Gluckii* cont. XXXV—XXXVII. et XXXVIII. p. 1—117.

1) L. 120. D. *de V. S.* (cf. supra § 617. not. 2.). — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 147 sq.

2) *Gaji* inst. II. p. 123. — *Ulp.* Fr. XXII. § 14. — *Auct.* cont. p. 149.

3) Arg. L. 8. § 14. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII, 4.)

4) *Cic.* de Or. I, 38. in f. — *Gaji* inst. II. § 127. et § 130. — *Ulp.* Fr. XXII. § 20. — Cf. pr. I. *de exhered. liberor.* — Vid. et L. 4. C. *de lib. praet.* (VI, 28.) et cf. *Schilling* Bemerk üb. Röm. R. G. p. 190 sq. — *Bluntschli* l. l. p. 19.

5) *Gaji* inst. II. § 123. — L. 1. D. *de inj. rupt. irr. test.* (XXVIII, 3.) — At fieri etiam potest, ut ex priori testamento succedatur, siquidem filio praeterito per posterius testamentum non rumpitur prius. L. 7. D. *de liber. et posth.* (XXVIII, 2.) (Caeter. vid. L. 12. § 1. D. *de b. p. c. t.* (XXXVII. 4.) et infra doctrinam de causis rumpendi testamentum Cap. VI.) — Cf. et *Bluntschli* l. l. p. 29. sqq. (qui quidem me falso insimulat dicere, necessariam esse querelam ad impugnandum testamentum, quod nullum sit; not. 29. p. 32. Sed. vid. priores hujus libri editiones § 578.). — Vid. et *Auctoris* cont. XXXVI. p. 309—337.

6) *Ulp.* Fr. XXII. § 20 — 22. — Pr. I. in f. *de exher. liber.* et *Theophil.* ad h. l. — *Bluntschli* l. l. p. 24 sq.

7) *Ulp.* Fr. XXII. § 21. «—dummodo inter caeteros exheredatis aliquid legetur». — § 22. « — vel nominatim, vel inter ceteros *cum adjectione legati* sunt exheredandi». — De filia postuma vid. L. 4. C. *de liber. praet.* (VI, 28.)

8) *Gaji* inst. II. § 124. — *Ulp.* Fr. XXII. § 17. — *Paulli* sent. rec. Lib. III. Tit. IV. B. § 8. — *Theophil.* ad pr. I. *de exher. liber.* — *Bluntschli* l. l. § 6. p. 37 sqq. — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 338—345.

9) *Ulp.* Fr. XXVIII. § 2. — *Gaji* inst. II, 137. — L. 1. pr. L. 3. pr. et § 5. L. 6. pr. et § 4. L. 8. § 12. L. 9. L. 14. § 1. D. *de bon. p. contra tab.* (XXXVII, 4.) (cf. supra § 621. not. 6.). — [Et aequa lance mares et foeminae vocantur. — Cf. *Ulp.* Fr. XXII. 23. — *Gaji* inst, II. § 125. — *Bluntschli* l. l. p. 73 sq. — *Auctoris* contin. XXXVII. p. 82 sq. Nr. II. — Cael. vid. *Gaji* inst. II, 126. et *Auctoris* contin. XXXVI. p. 43. XXXVII. p. 74. — E. G.]

10) Vid. v. c. L. 8. § 4. D. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII, 4.) — Cf. *Gaji* inst. II, 125. — *Bluntschli* p. 113 sq. — *Francke* l. l. § 12. — *Auctoris* contin. XXXVII. p. 45—51.

11) Cf. *Heineccii* antiq. jur. Rom. Lib. II. Tit. XVII—XIX. § V. — *Gluck* Pand. T. VII. § 553 sqq. — *Bluntschli* l. l. p. 139 sqq. — *Auctoris* contin. l. l. XXXV. § 1421e.

12) L. 30. D. *de liber. leg.* (XXXIV, 3.) — Cf. L. 13. D. *de inoff. test.* (V, 2.) — *Auctoris* contin. XXXV. p. 344 sqq.

teriti testamento [13]). Cui postea etiam addita est legitima quantitas (§ 678 sqq.), qua quidem excludi poterat inofficiosi querela [14]). Et cum diu fuisset incertum, quibusnam personis de inofficioso testamento querendi facultas esset, legitimaque competeret portio, tandem hac quoque in re certum invaluit jus [15]). Idque stetit ad Justiniani imp. usque tempora, qui quidem 4) cum primo sancivisset, ut non modo filii, verum etiam filiae nepotesque *ex filiis* nominatim a patre exheredes scriberentur [16]), postea prorsus novum jus constituit liberis parentibusque, id praecipiens, ut liberorum parentumque exheredationibus certae adscriberentur causae, eaeque ab herede instituto essent probandae. Quod ni factum fuerit, jus heredum evanesceret, in eorumque locum heredes ab intestato succederent, qui quidem, quae praeterea statuerit testator, agnoscere atque implere necesse haberent [17]).

§ 677. 2) *Necessariorum successorum notio et species.*

Jam vero necessarios successores, latius quidem accepto vocabulo, vocamus, quibus certa ex hereditate pars debetur, nec illis auferenda nudo testatoris arbitrio. Quorum in numero est et adrogatus impubes, scil. quartae D. Pii, ut vocant, ipsi debitae nomine (§ 555. nr. 2.), tum etiam uxor inops, quam quidem ad mariti hereditatem lex vocat (§ 636.); quae tamen personae, licet jus earum nullo testatoris consilio infringi possit, tamen non habent actionem ad ipsius lacessendas testamenti vires [1]). At vero magis contracta verbi notione necessarii sucessores appellantur, quibus, non debito modo honoratis, remedia sunt adversus ipsum testamentum comparata [2]), ut liberis, ut parentibus, ut fratribus, iis scil., quibus legitima portio debetur (§ 678.). Et liberi quidem ac parentes prae caeteris *heredum* necessariorum nomine appellari possunt, siquidem eos excludere ab hereditate necesse habet testator [3]).

§ 678. 3) *De legitima portione* (*). a) *Quid sit, et quibusnam debeatur.*

Legitima portio, ut quidem proprie dicitur [1]), est certa hereditatis pars, iis debita, quibus, inique aut exclusis aut praeteritis, ad impugnandum testamen-

13) Sive sui heredes sive emancipati fuerunt. Pr. et § 1. I. *de inofficioso test.* ibiq. *Theophil.*

14) L. 8. § 8. D. *de inoffic. test.* (V, 2.)

15) L. 1. D. *de inoff. test.* — Cf. L. 21. et L. 27. C. *eod.* (III, 28.)

16) L. 4. C. *de liber. praeter.* (VI, 28.)—*Auctoris* contin. XXXVII. p. 92—103.

17) Nov. 115. c. 3. et 4.—*Bluntschli* l. l. p. 209 sqq. — *Francke* l. l. § 27. — *Auctoris* contin. XXXVII. § 1425. p. 118 sqq.

§ 677.

1) Etenim impubes quidem adrogatus quartam petit, *quasi aes alienum* (vid. L. 8. § 15. D. *de inoff. test.* (V, 2.) aliosque locos § 555. not. 4. excitatos et *Gluck* Pand. VII. p. 26. not. 97.), de uxoris autem jure vid. *Gluck* Intestaterbfolge § 12. in f. — Cf. *ejusdem* Commentar. XXXV. p. 82 sq.

2) *Heise* l. l. § 4. et 6.

3) L. 30. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2.)—Nov. 115. c. 3. pr. c. 4. pr. c. 5. — *Auctoris* contin. XXXVII. § 1425*b*. ibiq. inprimis p. 189 sqq.

§ 678.

(*) Inst. (II, 18.) Dig. (V, 2.). Cod. (III, 28.) *de inofficioso test.* — De legitima tractatus aliquot (*M. A. Cucchi*, *A. Rubei*, *Cl. de Battaudieri*, *Cl. Chifletii*, *M. Mantuae*). Neost. 1594. 8. (*Chifletii* tr. exstat etiam in *Ottonis* thes. V. p. 721 sqq.).— *J. O. Westenbergii* Dissert. quatuor, de port. legitima, liberis, parentibus et fratrib. relinquenda (in opp. T. I. Nr. II.). — *G. Moeller* die Lehre v. Pflichttheil. Amb. 1801. 1806. — *Aristid. Cralle* comm. de port. legit. sec. Rom. Bonn. 1820. 8.

1) Nam generali quidem significatione et ad uxoris pauperis, imo adrogati partem legibus debitam, idem referre licebit nomen.—Cf. *Cralle* l. l. P. II. Sect. IV.

tum actio comparata est [2]. Et cum antiquitus non esset certo jure constitutum, quibus legitima portio relinquenda esset [3], postea, in ingenuorum quidem hereditatibus [4], obtinuit, ut praeter liberos et parentes non nisi fratres sororesque, nec hi quidem usquequaque et promiscue, jus capiendae legitimae haberent [5]. Jam vero 1) primo loco liberis debetur legitima portio, illis quidem, qui pleno jure ab intestato succedant defuncto [6], eodem etiam servato ordine ac modo, quem in intestatorum successionibus leges statuerunt [7]. 2) Post eos jus legitimae pertinet ad adscendentes, itidem illos, quibus intestatorum liberorum successio defertur [8]. 3) Postremo loco sunt fratres sororesque, consanguinei illi quidem [9], nec hi aliter, quam si scripti heredes « infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula adspergantur » [10]. Sunt igitur, quibus in legitimae portionis petendae jure hi praeferantur, quibuscum tamen conjuncte admittuntur ad intestatorum successiones [11], quamquam in necessariorum numero haberi nequeunt, nisi qui in intestatorum hereditatibus capiendis a minime excluduntur [12].

§ 679. b) *De legitimae portionis quantitate ejusque computandae ratione.*

Cum ab initio nullus esset certus legitimae portionis modus, postea quarta bonorum parte ad exemplum legis Falcidiae definitus est [1], donec Justinianus

2) Cf. *Westenberg* D. I. c. 1. § 8. et c. 2. (« An lege quadam, in specie, an L. Glicia introducta sit? »—Cf. inscr. L. 4. D. *h. t.*). c. 3. (« An lege Falcidia—? » — Cf. L. 31. C. *h. t.*—Nov. 92. pr.). c. 4. (« Consuetudine introductam esse port. legit. demonstratur.»)—Cf. *Bynkershoek* obs. jur. priv. II. 12.—*Bluntschli* l. l. p. 161—164.

3) L. 1. D. *h. t.*—Vid. et L. 6. pr. verb. : *Sed et cognatorum* rel., *eod.* — Cf. *E. Schrader* comment. de nexu succ. ab intestato et querelae inoffic. test. (Goett. 1802.) § 11.—*Cralle* l. l. P. I. § 11. et 14.—*Auctoris* contin. XXXV. p. 141—143.

4) Etenim de libertorum successoribus necessariis horumque legitima parte vid. § 3. I. *de succ. lib.* — L. 19. § 1. D. *de bon. lib.* (XXXVIII, 2.) — L. 1. C. *si in fraud. patr.* (VI, 5.) — L. 1. C. *de b. p. c. tab. lib. pet.* (VI, 13.) et supra § 629. not. 15. — Cf. *C. Witte* de luctuos. heredit. p. 25 sqq.—*Francke* l. l. § 39. 40.

5) Nov. 1. pr. § 2.—L. 21. C. *h. t.* — *Schrader* l. l. § 13—27.

6) § 1. I. *de exher. lib.* — L. 5. D. *h. t.* — Nov. 115. c. 3. pr.—L. 29. § 1. D. *h. t.*—L. 23. pr. *eod.* — L. 29. § 3. *eod.* (Cf. L. 5. C. *de adopt.* VIII, 48.) — Ex quo consequitur, eum, qui ex principis indulgentia adoptatur a femina, de matris adoptivae inofficioso testamento queri posse. Vid. Basilic. Schol. V. p. 258. not. *x. y.*— Cf. et *G. S. Madihn* de legitima natorum port. legitima in succ. cum legitimatis. Hal. 1755. — *Heise* de nec. hered. C. II. § 16—35.— *Francke* l. l. p. 185—187.—*Auctoris* contin. XXXV. p. 183—188.

7) L. 8. § 8. in f. D. *h. t.* (« —si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus : unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit»).—Nov. 18. c. 1.—*Westenberg* Diss. II c. 2. § 12 sqq. —Cf. et L. 6. pr. D. *h. t.* et supra § 652. not. 6. et *Auctoris* contin. XXXV. p. 272 sqq. (Nr. III.)

8) § 1. I. *h. t.* — L. 15. pr. D. *eod.*—Nov. 1. pr. § 2. — Neque vero contraria est L. 30. pr. D. *h. t.* —Vid. Basil. Schol. V. p. 258. not. a. — Cf. *Glück* Pand. VI. p. 570.—*Krondat* Archiv f. civ. Praxis IV. nr. 26. — *Auctoris* contin XXXV. p. 224 — 229.

9) L. 27. C. *h. t.* «Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur.» —Caeter. de consanguineorum nomine vid. § 207. not. 3.

10) L. 27. C. *h. t.* — (Cf. § 191. nr. 2.) — *Zimmern* röm. rechtl. Erört. p. 79—83. — At legitimam non esse fratrum sororumque, sed odio institutorum effici, ut his, tamquam indignis, eripiatur, quod relictum sit, post *Chifletium* (l. l. in *Ottonis* thesauro T. V. p. 758 sq. Cap. XI.), novis tamen rationibus defendit *Marezollus* tum in libro : über bürgerl. Ehre *rel.* p. 256 sqq., tum vero maxime in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. Nr. VII. p. 185 sqq. — Sed vid. quae contra sunt scripta cum a *Glückio*, tum a me in Comment. XXXV. p. 94 sqq.

11) *Heise* de nec. hered. § 11—13. — Cf. *Glück* Pand. VII. § 543. p. 5—17.—*Cralle* l. l. P. I. § 19. — Dissent. *J. H. Boehmer* de querela inoffic. fratrum consanguineor. (exerc. ad Pand. T. II. Nr. 37. p. 781 sqq.). — *E. Schrader* l. l. § 77 — 79. p. 44—46. — Caet. vid. *Auctoris* contin. XXXV. p. 232—236.

12) *Heise* l. l. § 9. — *Schrader* l. l. § 103. — *Gluck* VII. p. 18. 19. — *Auctoris* contin. XXXV. p. 140—146.

§ 679.

1) Cf. L. 8. § 9. D. *h. t.* (V, 2.).—L. 31. C. *eod.* (III, 28.).— Nov. 92. pr. — *Westenberg* Diss. III. c. 1. — *Auctoris* contin. XXXV. p. 236 sq. not. 37.

constituit, ut, si quidem pauciores sint, quam quinque successorum necessariorum personae, triens eis legitimae portionis nomine relinquenda sit, sin vero ultra quatuor adsint, semissis bonorum defuncti ad eos pertineat [2]). Quodsi vero de parte quaeritur, quae singulis adsignanda sit ex hereditate, rectius statuitur, partem esse portionis ab intestato cuique debitae [3]), hoc pacto, ut ea quidem quantitas, quae ad quempiam perveniat, ex personarum numero definienda sit, quae una concurrant in intestati hereditate, licet non omnes habeant legitimae petendae jus [4]). Unde etiam est, quod vulgo dicitur : *exheredatus partem facit ad minuendam, numerum facit ad augendam legitimam* [5]). Computandae autem constituendaeve legitimae ratio haec est : primum, ut bona aestimentur ex eo tempore, quo mortuus est testator [6]); deinde ex illis aes alienum, cum defuncti tum ipsius hereditatis, deducatur [7]); denique imputentur eis, quibus legitima pars debetur, et quae ex ultima defuncti voluntate ad illos pervenit, praeterquam jure substitutionis et accrescendi, et dotes donationesve propter nuptias, et simplices donationes, ea quidem lege factae, ut imputentur, tum etiam militiae a patris ejusdemque testatoris pecunia profectae quave ex illis sunt quaesita [8]).

§ 680. c) *Quomodo relinquenda sit legitima, tum : de expletoria actione.*

1) Legitima portio non tantum institutionis titulo, verum etiam legati vel fideicommissi relinqui potest [1]), dum illud tamen caveat testator, ut in alia testamenti parte vel heredes eos scribat, vel exheredes eos faciat, quos ex novissimi juris decreto institui oportet [2]). Quemadmodum autem 2) ex ipsius

2) Nov. 18. c. 1. — Cf. *Schrader* civ. Abh. I. Nr. V. § 1. not. a. et § 2—5. — (Cf. et ejusd. Nov. c. 2. — *Westenberg* Diss. III. c. 2. § 5 sqq.) — Caeterum, an ad parentes quoque, tum ad fratres, nova haecce legitimae partis definitio referenda sit? id vix est, quod dubitemus, scil. propter verba, quae ita leguntur in f. c. 1. Nov. 18. : « hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est », (quibus indicari videtur, quae diserte quidem non nisi de liberis ante sanciverat imperator, ea etiam in reliquis personis, quibus legitima debeatur, esse observanda); tum vero propter verba Nov. 89. c. 12. § 3. : « Si vero habuerint aliquos ascendentium, legitimam eis relinquant *partem, quam lex et nos constituimus* ». Cf. et Schol. Basilic. T. V. p. 483. not. d. — Vid. *Westenberg* D. III. c. 3. § 14 sqq. — *Glück* D. de constituendae legitimae portionis parentum quantitate (opusc. Fasc. III.) S. II. § 15 sqq. et Comment. VII. p. 52—60. — Contra quem sententiam communem defendit *Auctor* in *Glückii* comm. contin. XXXV. p. 239 — 256. — Dissent. *Marezoll* Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. Nr. XI. p. 251 sqq.

3) L. 8. pr. L. 31. C. *h. t.* « — quod deest legitimae portioni, i. e. *quartae parti, scil. ab intestato successionis.* » — Ac similes loquendi formulae inveniuntur L. 20. C. *de collat.* (VI, 20.) et Nov. l. c. l. § 1. — Sunt tamen, qui contra statuant. Adversus quos vid. scriptores not. seqq. laudd.

4) L. 8. § 8. D. *h. t.* « Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, *an exheredatus partem faciat, qui non queritur? — — et utique faciet, ut Papinianus respondit : et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.* Proinde si sint ex duobus filiis nepotes » rel. (Vid. § 678. not. 7.) — *Westenb.* D. III. c. 3. § 4 sqq. — *Gluck* Diss. laud. S. II. § 10 — 14. et Comment. VII. p. 29—52. p. 65 sq. p. 121 — 139. — Caeter. cf. et *Fr. Schoeman* Handb. II. p. 75—83. — *Weber* ad *Hoepfnerum* § 473. b. — *Cralle* l. l. F. II. S. VII. § 4 sqq. et S. VIII. — *Francke* l. l. p. 222.

5) Vid. *Hoepfneri* Comment. § 473. b. not. 5. — *Auctoris* contin. l. l. p. 360. not. 87.

6) L. 6. C. *h. t.* — *Westenberg* D. III. c. 5. — Caet. cf. et *Franck* l. l. p. 226 sq. et *Auctoris* contin. l. l. p. 277 sqq.

7) L. 8. § 9. D. *h. t.* — Cf. *Bluntschli* l. l. p. 168. — *Auctoris* contin. p. 186 sq.

8) § 6. I. *de inoff. test.* — L. 35. § 2. 3. L. 36. pr. C. (Cf. *Auctoris* contin. l. l. p. 295 — 300. — L. 8. § 6. L. 25. pr. C. *h. t.* — L. 29. L. 30. § 2. C. *eod.* — L. 20. C. *de collat.* (VI, 20.) — Cf. *Westenb.* D. III. c. 6. — *Auctoris* contin. l. l. p. 305—315.

§ 680.

1) § 6. I. *h. t.* — L. 8. § 6. D. *eod.* (V, 2.) — Nov. 18. c. 1.

2) Nov. 115. c. 3. 4. — Qua quidem novissima legislatoris definitione antiquior legitimae relinquendae ratio minime sublata esse videri potest, siquidem recte fieri potest, ut ex minima hereditatis parte aliquis heres instituatur, et praeterea jure legati ei adsignetur legitima portio. — Cf. *Westenberg* D. IV. c. 1. et *Gluck* Comment. VII. p. 113 sqq. — *Auctoris* contin. XXXV. p. 317—321. XXXVII. p. 189 sq.

hereditatis substantia et recta via relinqui legitimam necesse est [3]) : sic etiam 3) pure debetur, omninoque vacua ab onere [4]). Nullam igitur vim habebit conditio vel dilatio legitimae adscripta, aut quodvis onus vel gravamen ei impositum [5]), nisi quae cautelae Socini, quam vocant, usu forte tribuenda sit istiusmodi adjectionibus [6]). Neque vero 4) quicquam nocet testamento, minorem esse, quam debeatur, partem legitimae nomine relictam. Nam cum jam pridem invaluisset, ut liberi quidem, qui quocunque patris judicio salvam habere legitimam poterant, non admitterentur ad querelam [7]), plenius postea sancivit Justinianus imp., ut omnes, quicunque sint in necessariorum successorum numero, si quidem ex judicio defuncti aliquid teneant, quod in legitimam eis imputetur, remota inofficiosi querela nonnisi ad replendam legitimam agerent adversus heredes [8]): vocant expletoriam vel suppletoriam actionem. Quae actio, quamquam per se quidem iisdem ex rationibus excludatur; quae efficiunt, ut omnino nullus sit querelae locus, tamen in earum non est numero actionum, quae vindictam spirare dicuntur, nec quinque annorum spatio exspirat [9]). Caeterum 5) cum ex liberorum numero alii major pars hereditatis relinquitur, alii vero vel aliis legitima tantum pars, tum, illo detrectante officium suum implere, adeoque judicis sententiam frustra expectante, fratri amplius tertia parte, quam ei relictum est, inferre cogetur [10]).

§ 681. 4) *De heredibus necessariis eorumque exheredatione* (*) a) *universim disseritur.*

Cum *heredum* necessariorum nomine hi veniant, quibus, nisi aut instituantur

3) L. 36. pr. in f. C. *h. t.* (III, 28.) « — Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi, ut puta ususfructus. » — Cf. et L. 6. C. *ad SCt. Treb.* (VI, 49.) — At de jure antiquiori vid. L. 8. § 11. D. *h. t.* — *Westphal* von Testamenten § 398. b. et § 401. — *Auctoris* contin. XXXV. p. 325 sqq.

4) L. 4. § 36. pr. et § 1. C. *h. t.* Neque vero contraria est, ut quidem multi autumant, L. 12. C. *eod.* — Vid. *Pufendorf* obs. II, 81. et *Auctoris* contin. XXXV. p. 327 sq.

5) Sunt enim pro non scriptis habenda. Unde putant, non amplius nullum dici posse testamentum propter conditionem, vel mixtam vel casualem sui heredis institutioni adjectam (cf. supra § 665. not. 11. et add. L. 83. D. *de cond. et dem.* XXXV, 1.), velut *Glück* VII. p. 74. 75. et *Auctoris* contin. XXXV. p. 230—233. XXXVII. p. 214—218. — Caeterum et in ipsa legitima suus heres cum potestativa conditione recte instituitur. — *Fein* D. de her. suo sub cond. inst. § 34. An vero certas res, loco legitimae adsignari necessario heredi liceat, inter doctos disputatur. Negat *Glück* VII. p. 107 sqq. — Contra quem vid. *Auctoris* contin. XXXV. p. 328 — 330. — Cf. *Gluck* VII. p. 107 sqq.

6) Cf. *H. W. Koch* üb. die Socinische Cautel. Giess. 1786. et *Glück* VII. p. 86 — 91. et *Auctoris* contin. XXXV. p. 334 § sq. — At simile quid jam invenitur Rom jure. L. 42. et L. 44. pr. D. *de bon. libert.* (XXXVIII, 2.)

7) L. 25. pr. D. *h. t.* — L. 4. Th. C. *eod.* (II, 19.) — *Paulli* sent. rec. IV. Tit. 5. § 7. — *Gu. J. de Schleinitz* comment. de act. quae ad legitimam suppl. agitur (Goett 1819.) Tit. I. c. 1. — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 1. — 14.

8) L. 30. C. *h. t.* — L. 35. § 2. L. 36. pr. *eod.* — Quae quidem actio et ad intestati heredes potest pertinere, scil. propterea, quod immensis donationibus vel dotibus defuncti patrimonium exhaustum adeoque legitima liberorum pars imminuta sit. Nov. 92. — Cf. supra § 667. — Caeterum de remediis, quae omnino comparata sunt necessariis successoribus legitimae nomine, eorumq. vi et effectu vid. *Glück* VII. § 550. et *de Schleinitz* in reliqua comment. laud. parte.

9) Sunt, qui contra sentiant, maxime propter verba sequentia L. 34. C. *h. t.* « — — tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem, repletio quartae partis nepoti superest, — — *nisi* pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, *vel quinquennio tacuit.* » Sed. vid. *Westenb.* D. IV. c. 4. § 12 sq. — *Puttmanni* interpr. et obs. c. 30. — *Glück* VII. p. 148 — 152. — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 33 — 38 coll. c. XXXV. p. 403 sqq. (Nr. III.)

10) L. 33. pr. C. *h. t.* — Vid. *Marezoll* in Zeitschr. für Civilr. u. Proc. III. Nr. XX. p. 362 sqq. — Caeterum *mixtam* esse hanc actionem, scil. ex earum genere, quae et rei et poenae persequendae causa comparatae sint, affirmare haud dubitat *de Schleinitz* l. l. § 11. p. 34. contra quem vid. *Auctoris* contin. XXXVI. p. 27 sqq.

§ 681.

(*) Inst. (II, 13.) *de exheredatione liberor.* — Dig. (XXVIII, 2.) *de liberis et posthumis heredibus instituendis vel exheredandis.* — Cod. (VI, 28.) *de liberis praeteritis vel exheredatis,* et (VI,

aut exheredes scribantur, remedia comparata sunt adversus testamentum (§678.), de heredum autem instituendorum ratione ac modo satis supra (§ 665 sq.) a nobis dictum sit [1]), reliquum est, ut de exheredandis vel liberis vel parentibus hoc in loco videamus. Est autem exheredatio: necessarii heredis ab hereditate exclusio rite legitimeque facta [2]). Quodsi non ex juris civilis forma aliquis vel exheredatur vel heres instituitur, praeteritus esse dicitur, sive prorsus sit ille silentio praetermissus, sive mentionem ejus testator fecerit testamento [3]). Quemadmodum autem institutiones heredum benignius accipi solent: sic contraria ratione effectum est, ut exheredationes minime adjuventur [4]), hisque etiam consequens est, ut, si eodem testamento et exheredatus filius et heres scriptus inveniatur, institutio praevaleat [5]).

§ 682. b) *Exheredatio quomodo fieri debeat.*

Vim omnino ut habeat exheredatio, necesse est 1) ut in testamento rite condito fiat, eoque aliquis instituatur heres [1]); 2) ut pure fiat, hoc pacto, ut cum diei tum conditione adjectione vitietur [2]), nisi si conditione apposita in contrarium eventum instituatur necessarius heres [3]). Praeterea 3) ab omni hereditate fiat [4]), tum etiam ab omni et herede et gradu [5]), ita tamen, ut et ante heredis institutionem et inter medias institutiones, inter ipsosve gradus exheredatio facta valeat [6]). Jam vero, quae non ab omnibus, qui instituti sunt, facta est exheredatio, prorsus nullius habetur momenti [7]). Quodsi ab uno tantum et altero gradu facta sit, non nisi is gradus perimitur, i. e. pro non scripto habetur, a quo praeteritus est necessarius heres [8]). Sin is postumus sit, qui quidem a primo

29.) *de posthumis heredibus instituend. vel exheredand. vel praet.— A. Gu. Foerster* de h. p. liberor. praeteritor. contra tab. parent. particula prior (p. 1—133.) et particulae posterioris § 60—79. (p. 275 — 309.). — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 300—454.

1) Cf. § 685. in f. et not. 9—11. Add. *Foerster* l. l. p. 47 — 58. De emancipato autem eodemque sub conditione instituto vid. L. 3. § 13. L. 8. pr. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — *Foerster* p. 279 — 284. — *Auctoris* contin. XXXVII. p. 76 sqq.

2) L. 8. § 2. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.)

3) § 12. I. *de succ., quae ab int. defer.* — L. 16. § 1. in f. D. *de vulg. et p. subst.* (XXVIII, 6.)—Cf. *Hoepfner* Comment. § 474. not. 4.—Vid. et § seq. nr. 5.

4) L. 19. in f. D. *h. t.*—Caeterum vid. L. 23. pr. *h. t.* (§ seq. not. 12.). — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 283 sqq.

5) L. 21. D. *h. t.* — Cf. L. 17. § 2. D. *de test. milit.*—*Foerster* l. l. P. I. § 12.—*Auctoris* contin. XXXVI. p. 394 sqq.

§ 682.

1. § 2. I. *de eod.* — L. 2. C. *eod.* (VI, 36.) — L. 14. C. *de testam.* (VI, 23.) — L. 5. § 2. D. *h. t.* (cf. not. 4 sqq.). — L. 20. pr. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 393 sqq. (Nr. 1.)

2) L. 3. § 1. D. *h. t.* — L. 13. § 2. L. 20. § 10. *eod.*—*Foerster* l. l. P. I. § 15—17.—L. 18. pr. D. *de B. P. c. t.* (*Foerster* P. II. § 76.) — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 413 sqq. (Nr. 2.). — Neque contraria est L. 28. in f. D. *de cond. inst.* (XXVIII, 7.) —Cf. *Foerster* P. I. not. 51. p. 65 sq.—*Auctoris* contin. XXXVI. p. 373 sqq.

3) L. 86. pr. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.)—*Glück* Pand. VII. p. 271 sqq.—*Foerster* P. II. § 18. 19.—*Auctoris* contin. XXXVI. p. 414.

4) L. 19. D. *h. t.* — *Wernher* obs. T. I. P. V. obs. 210.—*Glück* Pand. VII. p. 273 sqq.—*Auctoris* contin. XXXVI. p. 426 sq. — C. *L. J. M. Valett* Abhandl. (Gött. 1824.) Nr. VI.— *Francke* l. l. p. 68 sqq. Nr. 6.

5) L. 3. § 2. D. *h. t.* et not. seqq.—De quaestionibus ad totum hunc locum pertinentibus vid. *Foerster* l. l. P. I. § 23. et 46.—*Glück* Pand. VII. p. 286. — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 428—455.

6) L. 3. § 2. D. *de inj., rupto, irr. facto testam.* (XXVIII, 5.)— L. 3. § 2—5. D. *h. t.* « ——— In eo, qui miscuit duos gradus, exheredationem valere Mauricianus recte putat, veluti: Primus heres esto, ex semisse; si Primus heres non erit, Secundus ex semisse heres esto: Tertius ex alio semisse heres esto, *filius exheres esto;* si Tertius heres non erit, Quartus heres esto: nam ab utroque summotus est. » — Cf. a) L. 1. C. *h. t.* et *Glück* Pand. VII. p. 279. — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 429 sqq.—b) L. 14. § 1. D. *h. t.*—L. 4. § 2. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.)—*Auctoris* contin. XXXVI. p. 433. in f. sqq.

7) L. 8. § 3. D. *de B. P. c. t.*

8) L. 3. § 6. L. 8. D. *h. t.*— L. 3. § 6. D. *de inj. r. irr. f. test.* — Cf. *Auctoris* contin. XXXVI. p. 436—447. — Cf. a) L. 75. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 43. § 2. *de V. et P. S.* (XXVIII,

gradu praeteritus inveniatur, exheredatus a secundo: quoniam ejusmodi praeteritiones non jam statim ab initio nullum faciunt testamentum [8a]), ex eo omnia pendent, quonam tempore nascatur postumus, ut, si nato eo adhuc in primo gradu successio versetur, non solum institutorum, verum etiam substitutorum gradus rumpatur, sin vero postquam defecerit primus gradus, salvum maneat substitutorum jus, a quibus praeteritus non est postumus. Atque idem jus tum obtinet, cum, a primo gradu exheredato postumo, a secundo praeteritus, itemque a tertio exheredatus est, siquidem, deficientibus institutis, per secundum gradum, qui non valet, fieri potest, ut etiam tertius rumpatur [9]). Est praeterea 4) haec in exheredationibus necessaria conditio, ut justa adsit exheredandi causa, eaque in omni exheredationis genere nominatim testamento inseratur (§ 683 sq.). Denique 5) pater quidem nominatim liberos exheredare debet, praeterquam nepotes ex filiabus descendentes [10]), qui quidem, similiter ut matris heredes necessarii, tum etiam parentes, et *inter caeteros* possunt exheredes scribi, et quavis alia ratione, unde exheredandi voluntas certis indiciis colligi potest [11]). Quoniam autem exheredatio est necessarii heredis exclusio ab hereditate rite ac legitimo modo facta (§ 681.): ex quo quidem sancitum est, ut liberi parentesque, omnino omnes, qui ab intestato succedant, non nisi addita ingratitudinis causa excludi possent ab hereditate, sponte sequitur, ut dici amplius nequeat; liberos tantum a patre avoque paterno esse exheredandos, in reliquis, qui ex necessariorum numero sint heredum, praeteritionem esse pro exheredatione [12]); licet id quidem concedamus, a patre avoque paterno liberos non nominatim exclusos, etsi exclusionis causa legitima addita sit, pro praeteritis esse habendos. Igitur novo jure fratrum tantum sororumque praeteritio *per se quidem* nihil nocet testamento [13]). Caeterum, quemadmodum pro nominatim facta exheredatione ea quoque habenda est, quae certam necessarii heredis personam indubitabilibus signis demonstrat [14]), nec certa exheredationis formula requiritur [15]): sic etiam consequens est, ut rite exheredatus videatur, qui potestativae conditioni, sub qua institutus est, non paruerit [16]).

§ 683. c) *Causae exheredationis, α) quae puniendi heredis necessarii causa fit.*

Certas igitur Justinianus proposuit causas, quae in liberis parentibusque exhe-

6.)—h) L. 19. pr. D. *de inj. v. irr. f. test.*— Cf. et *Bluntschli* l. l. p. 33 sq.—*Auctoris* contin. XXXVI. p. 446 sq.

8a) L. 3. § 3. D. *de injusto, rupto, irr. test.*

9) L. 4. L. 5. D. *de inj. v. irr. f. test.*—L. 14. pr. D. *h. t.* De cujus loci verborum, quae in fine ita leguntur: «—Nam et, cum duobus heredibus institutis, et in singulorum locum facta substitutione, a primis exheredatus postumus, a secundis praeteritus fuerit: si alter ex institutis omiserit, *quamvis postumus excludatur, non tamen magis substitutum admitti*»— interpretatione, vid. *Cujacius* ad Africanum Tr. IV. (opp. prior. ed. Paris. T. I. p. 1342 sqq.).

10) L. 4. C. *h. t.* (VI. 28.)—Cf. supra § 676. nr. 1.

11) Cf. *Günther* pr. jur. Rom. nov. § 743. not. k. —*Auctoris* contin. XXXVIII. p. 206. Nr. 6.

12) [Certe constat, in Novella 115 verbis *praeterire* et *exheredare* esse significationem priscis usitatam (*Auctoris* contin. XXXVII. p. 189—212.) nonnullasque legum de exheredatione dispositiones (v. c. eas, quas invenisti sub Nr. 2. context.) non nisi ad successores jure antiquo necessarios referendas esse. (*Auctoris* contin. XXXVII. p. 231 sqq.)—E. G.]

13) Cf. supra § 677. in f. et § 678. nr. 3.— *Auctoris* contin. XXXVII. p. 374 sqq. § 1425d.

14) L. 1. 2. 3. pr. D. *h. t.*—Cf. L. 14. § 2. L. 15. eod.—*Foerster* l. l. P. I. § 13.—*Auctoris* contin. XXXVI. p. 300. in f. sqq.—Cf. L. 25. pr. D. *h. t.* Cf. *Westphal* von Testam. § 28.—*Auctoris* contin. XXXVI. p. 307—309.

15) L. 3. C. *h. t.* (VI, 28.). — Cf. *Hoepfner* Comment. § 474.

16) L. 86. pr. D. *de H. I.* (XXVIII, 5.) — Cf. *Foerster* P. I. § 17.

redandis essent exprimendae [1]), cum antea judicibus imperatoribusve relictum esset statuendi, num justa ex causa facta fuerit exheredatio [2]). Et I) liberis quidem exheredandis quatuordecim scriptae sunt causae hae : 1) Manuum illatio parentibus facta ; 2) gravis et inhonesta contumelia iisdem illata [3]) ; 3) parentum accusatio a filio facta in criminalibus causis, praeterquam in eis, quae ad principem spectant vel rempublicam [4]) ; 4) cum veneficis ut venefici conversatio [5]) : 5) machinatio in parentum vitam, sive veneno sive aliis ea tentata sit artibus; 6) filii cum noverca, vel concubina patris sui concubitus ; 7) calumniosa [6]) adversus parentes delatio, cum magno delatorum detrimento a filio facta [7]) ; 8) recusatio filii, parentem carcere inclusum fidejussione sua liberare nolentis, licet id facere rogatus sit a parente [8]); 9) machinatio qualiscunque adversus parentum testamenta, vel condenda vel mutanda, a liberis adhibita [8a]) (§ 643. not. 3.); 10) filii illiberalitas morumque vilitas, arenariis aut mimis sese socium addentis perpetuum invitis parentibus, qui quidem ipsi artem istam professi haud fuerint [9]); 11) filiae, cui in minore aetate adhuc constitutae, parentes dote oblata nubendi facultatem praebuerunt, aut vita libidinosa, aut matrimonium contra parentum voluntatem contractum [10]) ; 12) parentis furiosi neglectio (§ 637. nr. 2.); 13) liberorum impietas, parentes in captivitate detentos redimere nolentium; 14) liberorum ab orthodoxa religione defectio. At II) parentum exheredandorum causae constitutae sunt octo : 1) quaestio de capitali crimine a parentibus excitata adversus libero excepto laesae majestatis crimine ; 2) insidiae vitae structae liberorum ; 3) patris concubitus cum filii uxore vel concubina [10a]) ; 4) impedimentum a parentibus adhibitum, quo minus liberi testamentum facerent ; 5) facinus ab altero parentum admissum, ut mortem alteri efferat vel mentis alienationem ; 6) liberorum furiosorum neglectio; tum etiam 7) captivorum contemtio, scil. redimere eos detrectante patre vel matre; 8) ab orthodoxa religione defectio [11]). Quamvis autem noluit Justinianus, ut aliis ex causis fieret exheredatio, quam quae in ipsius constitutione expressae invenirentur [12]), tamen nihil prohibet, quo minus plena hujusce legis verba accipiantur vi et potestate, quae cum suapte

§ 683.

1) Nov. 115. c. 3. 4. (cf. not. 6.).—*de Buchholtz* jurist. Abhandl. Nr. V.—*Auctoris* contin. XXXVII. § 1423. 1424. 1425. — De eo, num etiam fratrum exheredationi certae sint causae scriptae ? acriter disputatur inter disciplinas nostrae scriptores, scil. propter prima verba Nov. 22. c. 47. — Sed vid. *Glück* Pand. VII. p. 206 sqq. et *Auctoris* contin. XXXVII. p. 380 sq.

2) Cf. L. 11. 18. 19. 20. 23. § 1. C. *de inoff. test.* (III, 28.)—Nov. 115. c. 3. pr.—*Auctoris* contin. p. 120 sqq.

3) *Glück* l.l. p. 211—217.—*Francke* l.l. p. 404.

4) Hoc enim legis decretum, quamvis generatim loquatur (Nov. 115. c. 3. § 3.), tamen non nisi de filiis esse accipiendum, sponte consequitur ex L. 1. et L. 2. pr. D. *de accus.* (XLVIII, 2.) — Vid. *Auctoris* contin. l. l. p. 142 sqq.—Dissent. *Buchholtz* l. l. p. 130.

5) Nov. 115. c. 3. § 4. — Cf. *A. D. Weber* Versuche Nr. I. p. 19 sq. — *Auctoris* contin. l. l. p. 144 sqq.

6) *Marezoll* in *Grolmani* et *Loehrii* Magaz. IV. p. 392. nr. 11.

7) Cum in talibus legibus, qualis nunc nobis tractanda est, caute agendum sit interpreti, nec temere quidquam inferat, quod minime conveniat legislatoris voluntati atque consilio : non solum ordinem eum sequi, quem elegit imp., tutius duximus, verum etiam hic alioque in loco (vid. decimam exheredationis causam), *filii* vocabulum retinendum esse censuimus, quamvis eas quidem causas et ad filias trahere soleant interpretes. — Vid. *Auctoris* contin. l. l. p. 149. not. 61.

8) *Glück* l. l. p. 233—236.— *de Buchholtz* l. l. p. 133.

8a) *Auctoris* contin. l. l. p. 151 sq.

9) Nov. 115. c. 3. § 10. et *Glück* l. l. p. 227 sq. — *de Buchholtz* l. l. p. 134.

10) Nov. 115. c. 3. § 11. *Glück* l. l. p. 236—244. —*Auctoris* contin. l. l. p. 153—164.

10a) *Auctoris* contin. XXXVII. p. 168 in f. sq. —*de Buchholtz* l. l. p. 141.

11) Nov. 115. c. 4. [De quaestione, an exheredationis causae ad alterum parentum vel liberorum attinentes alteri exheredandi dent facultatem, vid. *Auctoris* cont. l. l. § 1425a. p. 171 —176. — E. G.]

12) Nov. 115. c. 3. pr.—Cf. *Hoepfner* Comment. § 480.—*Glück* l. l. p. 248—255. — *Auctoris* contin. l. l. p. 177—181.

natura tum ex disciplinae nostrae usu eis conveniat [13]. Caeterum reconciliatione facta gratiarum inter parentes liberosque testamento nondum condito, jus quoque tolli testatorum, ex iis, quas diximus, causis exheredandi necessarios heredes, consentaneum esse videtur [14].

§ 684. *β) De exheredatione, quae fit bona mente, ejusque causis* (*).

Est etiam exheredatio, quam vocant bona mente factam, contrario opposito nomine ejus, quae mala mente fiat [1]; ad quam quidem solam referenda esse putamus, quae de exheredationum causis earumque testamento inserendarum necessitate modo proposita sunt, cum consentaneum non sit, quae tot juris nostri locis et de postumorum et de impuberum furiosorumque exheredatione praecepta sint, hac esse sublata lege, quam de facinorosis hominibus exheredandis sancivit imperator [2]. Interpretamur autem bona mente exheredationem: qua consulere maxime studeat testator eis, quos exheredes scribit, scilicet ne, bonis dilapidatis, egeant ipsi liberive eorum [3]. Talis igitur sit, quae hoc modo excludatur, persona, quae aut sua ipsius luxuria aut aliorum vel levitate vel nequitia periclitaretur, si statim post mortem testatoris pecunia ad eos, plenoque jure pertineret. Praeterea requiritur, cum ut causa testamento exprimatur, quare motus sit testator, ut ita statueret, tum vero animus testatoris erga exheredatum benevolus ex ipsius testamenti argumento certissimis indiciis appareat [4]. Jam vero si haec adsunt, e quibus hujus exheredationis vis vel maxime pendet, nihil impedit, quos minus etiam heres aliquis instituatur sub ejusmodi conditione, quam alioquin, cum aut jus sui heredis laedat, aut legitimae portioni onus adjiciat, minime admitti fas sit [5].

§ 685. III. *Minus solemnia testamenta; A) ejusmodi, quae communi omnium jure fiunt, s. de codicillis* (*).

Minus solemnia testamenta, in quibus necesse non est observari omnia, quae plerumque requiruntur in testamentis, aut communi omnium jure fiunt, aut singulari

13) Cf. supra § 64. not. 9. et *Auctoris* contin. l. l. p. 181 — 184. — Latius etiam progreditur *Bluntschli* l. l. p. 229—232.

14) Arg. L. 23. pr. D. *h. t.*—*Pufendorf* obs. II, 8.—Caeter. cf. *Glück* l. l. p. 217—222.—*Auctoris* contin. l. l. p. 185 sqq. (Nr. II.) — *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Pruz. VI. p. 70 sqq.

§ 684.

(*) *Francke* Notherbenrecht § 34. — *Auctoris* contin. XXXVII. § 1425*e*. p. 391—465.

1) L. 12. § 2. D. *de bon. libert.* (XXXVIII, 2.) « Si quis *non mala mente parentis exheredatus sit* »— — . Cf. L. 18. D. *h. t.* (not. 3.).

2) Dissent. post alios *Unterholzner* Archiv f. civ. Pr. II. p. 52. 53. et *Francke* l. l.—Cf. et *Zimmern* Archiv f. civ. Pr. VIII. nr. VII, 1. p. 153 sqq. et *Bluntschli* l. l. p. 233. in f. Vulgarem sententiam defendit *Auctor* l. l. p. 394— 452.

3) L. 18. D. *h. t.* « Multi *non notae causa* exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus. » — L. 16. § 2. D. *de cur. fur.* (XXVII, 10.) — L. 12. § 2. D. *de bon. libert.* — Caeterum, quoniam non nisi liberorum, mentio fit in jure nostro, de parentibus quaeri solet, et vel maxime de fratribus scil. num eo modo exheredari queant? — Cf. *Hofacker* pr. jur. civ. rom. Germ. T. II. § 1702., quocum non per omnia consentit *Glück* Pand. VII. p. 260—262.— Cf. *Auctoris* contin. l. l. p. 464 sq.

4) L. 16. § 2. D. *de cur fur.* — L. 18. in f. *h. t.* « — — impuberibus, eique fideicommissam hereditatem dant ». — L. 12. § 2. D. *de bon. lib.* « — — heredemque institutum rogatum, ei restituere hereditatem ». — Cf. L. 3. § 3. D. *de usur.* (XXII, 1.) — Omnino vid. *Auctoris* contin. l. l. p. 452—463.

5) L. 16. § 2. in f. D. *de cur. fur.*—L. 25. C. *de inoff. test.* (III, 28.)

§ 685.

(*) Inst. (II, 25.) *de codicillis.* — Dig. (XXIX, 7.) *de jure codicillor.* — Cod. (VI, 36.) *de codicillis.*

jure. Et quae in priori genere sunt, generali nomine appellantur codicilli. Jam vero, qui primum usu recipi coeperunt codicilli, nihil erant nisi testatorum libelli sine omni forma celebrandi, quibus illi, quae fieri vellent, heredibus demandarunt [1]). Invaluerunt deinde fideicommissorum genera, quae ut quavis ratione, et verbis ore prolatis atque adeo nutu, sic etiam ab alia, quam honoratorum persona, relinqui poterant [2]), ac postremo certa addita est juris forma [3]), quae codicillis plerumque [4]) esset adhibenda. Est igitur codicillus imperfecta quaedam testamenti species, quo, praeter heredis institutionem atque exheredationem, quid fieri velit post mortem suam, testator significat [5]). Jam vero in codicillis, sive scripti sint sive nuncupativi, nisi publico quodam testandi actu conficiuntur (§ 663.), quinque testium, uno eodemque tempore adhibendorum praesentia requiritur [6]); quorum omnium subscriptione codicillus, quatenus scripto constat, confirmari debet [7]). Itemque testator subscribat necesse est [8]); testium vero signatio non desideratur. Quemadmodum autem codicillos condere nemo potest, nisi qui habet testamentifactionem [9]): sic etiam testes esse non posse, qui omnino prohibeantur a testimonio dicendo in testamentis, probabili ratione defenditur [10]). Sunt vero codicilli vel ad testamentum facti, vel sine testamento s. ab intestato [11]). Et hi quidem velut tacitam continent legitimi heredis institutionem, qui postquam adiit hereditatem implere necesse habet,

1) Pr. I. *h. t.* (cf. *Theophil* ad h. t.). — L. 89. pr. D. *de leg.* II. — L. 35. § 3. D *de leg.* III. (Vocatur etiam *epistola fideicommissaria.* — L. 37. § 3. *de leg.* III.) — De vi quae per se inest vocabulo, vid. *Cic.* ep. ad Fam. IV, 12. VI, 18. — *Sen.* ep. 55. in f. — Cf. et § 4. I. *quib. m. j. patr. pot. toll.*

2) Cf. a) L. 21. pr. D. *de leg.* III. — L. 5. § 1. D. *de re jud.* (XLII, 2.) — L. 22. C. *de fideic.* (VI, 42.) — L. ult. C. *eod.* — § ult. I. *eod.* — b) L. 77. D. *de leg.* I. [Ab omni debitore fideicommissum relinqui potest. — Quem quidem locum *Hauboldus* (de legato nominis § 5) de debitore, cuiipsi pars debiti remittitur testamento, intelligendum esse censet: ingeniosius sane quam rectius.] L. 75. pr. D. *de leg.* II.

3) L. 8. § 3. C. *h. t.* (cf. L. 1. Th. C. *de test.* (IV, 4.) et L. 7. *eod.* nuper repertam. — Vid. *Wenck* praef. ad *Hauboldi* opusc. T. II. p. CLI sq.) — *Aug. Danz* de externa codicillor. forma comm. Lips. 1835. — *Ejusd.* diatr. in Zeitschr f. Civilr. u. Proz. IX. Nr. VIII. Cf. cum *Rosshirt* Lehre von den Vermächtnissen, qui tamen passim nobiscum dissentit.

4) Exceptionem constituit Justinianus L. ult. C. *de fideicommissis* VI, 42. (cf. § ult. I. *de fideic. heredit.*, ad eandemque *Theophilus.*) Vocant *fideicommissum onerato praesenti injunctum* (cf. infra de fideicommissorum jure Cap. V.). De quo varie quidem sentiunt interpretes. Enimvero ut cum *Loehrio* (Archiv f. civilist. Praxis II. p. 188. nr. 3.) putem, propemodum esse eversum jus de codicillorum forma ab anterioribus constitutum imperatoribus atque ipso etiam Justinianeo jure agnitum, rationibus ab eruditissimo viro allatis adduci plane nequeo. Nam cum Justiniani lex pro parte tantum deroget antiquiori, ita erit interpretanda, ut quam minime potuerit ab ea recessisse videatur. Praeterea communis sententia adjuvatur etiam ipsis locorum verbis, ad quae provocat *Loehrius*, velut his: « necesse eum habere jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore *audivit*», (§ ult. I. laud.), similibusque, unde colligi poterit, praesentem, quae fieri velit, mandasse praesenti necesse esse, ut novo legislatoris decreto locus sit. — Cf. infra § 727. not. 5.

5) § 2. I. *h. t.* — L. 6. pr. L. 10. D. *h. t.* — L. 2. et 7. C. *eod.* — Caeter. vid. a) L. 77. D. *de hered. instit.* (§ 655. not. 1. et § 665. not. 7.). — b) L. 2. § 4. D. *h. t.* «Hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari, sed ex fideicommisso petitur» [scil. a legitimo herede] «salva ratione legis Falcidiae.» (Cf. not. 10.) — c) L. 76. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)

6) L. ult. § 3. C. *h. t.* « — — vel rogati, vel qui fortuito venerint » —. (Cf. § 659. not. 3. — *Auctoris* contin. XXXVIII. p. 286 sq. not. 100. et 2.) — In caecorum autem codicillis eadem sunt observanda, quae in testamentis illorum. L. 8. C. *qui test. fac.* (VI. 22.) vers.: *quae in eundem modum.* — Not. - Ordn. Tit. von Testam. § 11. — Cf. Arch. f. civ. Pr. II. p. 187. nr. 1. — *Glück* Pand. XXXIV. p. 39 – 46. — *Danz* l. l. p. 233 sqq.

7) L. ult. in f. C. *h. t.* — *Danz* l. l. § 5.

8) L. 28. § 1. C. *de testam.* (VI, 23.) — Neque vero, contrariae tuendae sententiae causa, ad L. 6. § 2. D. *h. t.* provocare licebit. — Vid. *Seuffert* Pand. Recht III. § 601. not. 6. — *Marezoll* in *Grolmani Loehriique* Magaz. IV. p. 162 sqq. nr. 1. — *Danz* l. l. p. 241.

9) a) L. 2. § 3. L. 6. § 3. L. 7. pr. L. 8. § 2. D. *h. t.* — b) arg. L. 14. pr. D. *h. t.* — § 24. I. *de leg.* — Cf. infra § 722.

10) Cf. *G. A. Spangenberg* comm. de muliere ob testium solemnitatem testimonii ferundi in codicill. experte. Goett. 1770. — *Danz* l. l. p. 252. — At vero, ut credamus, legatarios fideicommissariosve testes adhiberi posse codicillis, rationibus adducimur supra (§ 659. not. 6.) allatis, dummodo non adsit falsi suspicio.

11) L. 8. § 2. D. *de transactionib.* (II, 15.) — L. 8. pr. D. *h. t.* — Cf. *G. L. Boehmer* in praef. ad patris sui exerc. ad. Pand. T. V.

quae fidei ipsius commissa sunt codicillis [12]). Qui vero facto testamento conduntur codicilli, sive ante testamentum facti sunt sive post illud, itemque sive confirmati sunt testamento sive non confirmati [13]), utique vires accipient ex testamento hujusque ipsius jus sequentur [14]). Est tamen, quod differat inter confirmatos et non confirmatos codicillos, siquidem illis tantum, non etiam his, et libertas concedi directo potest, et tutor liberis dari [15]). Caeterum fieri etiam potest, ut cum pluribus codicillis aliquis decedat, qui quidem omnes simul valeant, dummodo sibi non sint contrarii [16]).

§ 686. *Codicillaris clausula* (*).

Codicillaris clausula est, qua voluntatem suam testator declarat, ut quomodocunque fieri possit, testamentum valeat [1]); quae quidem non jam per se inest testamentis, sed diserte adjiciatur a testatore plerumque necesse est [2]). Cujus clausulae cum is sit finis eaque potestas, ut instar codicilli obtineat testamentum, sponte sequitur, cum ut nihil efficiens sit clausula, nisi haec observata sint in testamento, quae in codicillis observari necesse sit, tum vero nullam ea adjectione tribui posse testamento vim, quae non sua natura jam insit codicillis. Quemadmodum igitur nihil quidquam valet codicillaris clausula ad vitia tollenda ejusmodi, quae adhaerent testamento vel propter judicii voluntatisque impedimenta (§ 643.), vel propter ipsius orationis obscuritatem atque inutilitatem (§ 645.), vel propter testamentifactionis defectum (§ 639 sqq.) [3]): sic neque usu ejus fieri potest, ut aut valeat testamentum, quo necessariorum heredum jura inveniuntur neglecta [4]), aut recto jure hereditas deferatur ex imperfecto

12) L. 3. pr. L. 8. § 1. L. 13. § 1. L 16. D. *h. t.* — L. 77. § 23. D. *de leg.* II. (cf. not. 5. nr. a. b.).

13) Confirmatorum exempla obvia sunt L. 18. D. *h. t.*—L. ult. D. *de fideic. libert.* (XL, 5.) — Caeterum, cum generaliter loquatur imp. L. ult. § 3. C. *h. t.*, etiam in confirmatis codicillis quinque testium praesentia opus esse, verius est. Dissent. *J. H. Boehmer* de codicillis absque testibus validis (Exerc. ad Pand. V. Nr. 78.) C. I. et *G. L. Boehmer* l. l. § 14 sqq.—Cf. *Rosshirt* l. l. p. 225 sqq.

14) L. 3. in f. L. 16. in f. D. *h.* l.—Vid. et L. 7. § 1. *h. t.* «Praeterea in illis, quae non juris, sed facti sunt, non est perinde habendum, quod codicillis scribitur, atque si ubi confirmatio, scriptum fuisset; veluti si ita in codicillis scriptum erit: *vestem, quae mea est;* codicillorum tempus spectandum, non quo confirmantur. Item: si *Titius vivus est*, vel: si *tot annis est*, codicillis legaverit Sejo, tempus codicillorum, non quo tempore fit testamentum, spectandam.» (Vid *Best* rat. em. leg. c. 24. Nr. 2.)—Coll. cum L. 2. § 2. D. *h. t.*—Cf. *A. Faber* conj. XV, 16.— *Osii Aurelii* de variantib. Cujacii interpr. Disp. XXXIX. (ap. *Ottonem* T. III. p. 785 sqq.).— Vid. et *Schultingii* not. ad Dig. *Smallenb.* T. V. p. 179.

15) L. 43. D. *de manum. testam.* (XL, 4.) — L. 3. pr. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.)

16) § 3. I. L. 6. § 1. D. L. 3. C. *h. t.*

§ 686.

(*) *Sam. Stryck* de clausula codicillari. Frcf. 1670. — *C. F. Tauchert* de clausula codicillari. Hal. 1822. — *R. Sickel* (Pr. *C. Einerto*) de vi clausulae codicillaris in testamento nulla. Lips. 1829.

1) Exempla obvia sunt L. 29. § 1. D. *qui testam. fac.* (XXVIII, 1.)—L. 88. § 17. D. *de leg.* II. Archiv f. civ. Praxis V. p. 165. (cf. *Hoepfner* Comment. § 627.).—Dicitur etiam testamentum, quo ejusmodi clausula invenitur, *fideicommissorum verba* habere. L. 29. pr. D. *qui test. fac.* — L. 11. § 1. *de leg.* III.

2) L. 41. § 3. D. *de V. et P. S.* (XXVIII, 6.) «—si non valuit [patris testamentum], ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, *nisi hoc expressum est.*» — L 1. L. 13. § 1. D. *h. t.* (cf. supra § 114 not. 7. et *Sickel* l. l. § 3.). —Excipitur causa L. 38. *de fideic. libert.* (XL, 5.) et quodammodo etiam L. 21. § 3. C. *de test.* (cf. § 689. nr. 3.). — In militum testamentis tali non eget supplemento. — Cf. L. 3. D. *de test. mil.* (XXIX. 1.) et *Tauchert* l. l. c. 3. § 1.

3) Cf. *Auctoris* Beurtheil. d. Städelschen Beerbungsfalls p. 277 sqq. (Nr. V.). — *Zimmern* in ephem. Erl. T. VII. p. 273 sqq. (Nr. IV.). — *Seuffert* einige Bemerkungen üb. die Codicillarclausel p. 26 sqq. (Nr. II.). — Caeterum eadem ratione efficitur, ut nec irrita facta testamenta clausulae hujus adjectione sustineantur.

4) Cf. L. 15. D. *de inoff. test.* (V, 2.) — L. 2. et 36. D. *de leg.* III. — Quibus accedit, necessarios heredes *rite* vel instituendos vel exheredandos esse, nec vero rite factam videri institutionem, quae per fideicommissi verba fiat. Atque hoc etiam colligi poterit, quid de testamento per postumi agnationem rupto eoque clausulae adjectione munito statuendum sit? (Vid. et L. 24. § 11. D. *de fideic. lib.*) — Caeterum haec res aliis secus,

testamento [5]). Nec magis ea adjuvat testatoris voluntatem ejusmodi, quam adhuc imperfectam ille reliquit [6]). Utilitas igitur clausulae in hisce apparet testamentis, quae vel non jure facta sunt [7]), vel heredis institutione carent [8]), vel destituuntur ab herede [9]). Ejusque haec plerumque est vis, ut similia fiant testamenta codicillorum ab intestato (§ 685. not. 12.), praeterquam si prius etiam fecerat testator testamentum, idque tale, quod ruptum esse dici nequit aut posteriore testamento, aut alio modo, quo rumpuntur ultimae hominum voluntates; tum enim, qui priore institutus est heres, rogatus esse censetur, ut tamquam ex fideicommisso et posteriorem impleat testatoris voluntatem [10]). Caeterum nemini licet, postquam frustra apud judicem egit tamquam ex testamento perfecto, deinde etiam confugere ad fideicommissi clausulam; praeterquam parentibus utriusque sexus, tum liberis, qui usque ad quartum gradum agnationis vel tertium gradum cognationis vinculo conjuncti sunt testatori [11]).

§ 687. B) *Minus solemnium testamentorum species, quae singulari jure fiunt.* 1) *Militare testamentum* (*).

Militibus, qui quidem et in numerum relati sunt (§ 188. not. 4.), et testamentifactione gaudent [1]), et in castris atque expeditione versantur [2]), ut, quomodocunque velint aut possint, testamenta faciant, concessum est [3]). Igitur 1) juris solemnitate nulla opus est [4]), dummodo scriptum aliquod exstare dictumve militis, quod testamenti loco sit, probetur, idque a certo testatoris judicio profectum esse appareat [5]). 2) Potest plerumque miles eos quoque heredes instituere, quibuscum non solet esse testamentifactio [6]). 3) Nihil nocet testamenti viribus, quod nullam miles necessariorum heredum rationem habuerit, dummodo ille non ignarus eorum fuerit [7]). 4) Hereditatem recte etiam codicillis dat,

nec iis semper uno modo videtur. — Cf. *J. A. Hellfeld* de effectu cl. cod. testamento, quod rumpitur, adjectae (opusc. Nr. XVIII.) § 26. et § 35 sqq. — *Taucheri* l. l. c. 5. 7. 10. — *Sickel* l. l. § 9. 10. — *Auctoris* contin. XXXV. p. 365—373.

5) § 2. I. *h. t.* — L. 13. § 1. D. *h. t.* — Cf. L. 76. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)

6) L. 29. pr. D. *qui test. fac.* — L. 11. § 1. D. *de leg.* III. — Cf. *Schulting* ad h. l. in not. ad Dig. ed. *Smallenb.* T. V. p. 295. — Nec contraria est L. ult. § 1. C. *h. t.* (cf. not. 8.).

7) Cf. L. 1. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII, 3.)

8) L. ult. § 1. C. *h. t.*

9) Arg. L. 6. pr. D. *si quis omiss. caus. test.* (XXIX, 4.) (cf. § 685. not. 12.).

10) Vid. *Hellfeld* l. l. § 34.

11) L. ult. pr. § 1. et 2. C. *h. t.* — Cf. *Seuffert* l. l. p. 3 sqq. (Nr. 1.)

§ 687.

(*) Inst. (II, 11.) *de militari testamento.* — Dig. (XXIX, 1.) et Cod. (VI, 21.) *de testamento militari.*

1) Pr. I. *quib. non perm. fac. test.* — Caeter. vid. a) § 3. I. L. 4. D. *h. t.* — Cf. § 640. not. 4. — b) L. 11. pr. D. *h. t.* — L. 32. § 8. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — At hic quoque cf. quod supra scriptum est § 640. not. 9. — c) L. 11. § 1. D. *h. t.* (vid. § 640. not. 12). — d) L. 22. 23. D. *h. t.*

2) Pr. I. L. 17. C. *h. t.* — Not. - O. Max. I. Tit. von Test. § 2. in f. — Cf. *Hoepfner* Comment. § 433. et 459.

3) L. 1. pr. in f. D. *h. t.* — Pr. et § 1. I. *eod.* — (Vid. et L. 19. C. *de pactis* (II, 3.); supra § 617. not. 4. in f.) De testamento ante militiam facto cf. L. 9. § 1. L. 15. § 2. L. 20. § 1. L. 25. D. *h. t.* — § 4. I. *eod.* — Vid. *Vinnius* ad § 4. I. *h. t.*

4) L. 15. C. *h. t.* (cf. not. seq.). — *Hoepfner* l. l. § 455. — Caeter. vid. Not.-O. l. l. § 2. in f.: « von Rittern, die zu Feld und doch nicht im Streit wären, wird solch Anzahl Zeugen nachgelassen *bis auf zween:* aber die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihr Testament ohn alle Solennität oder Form, wie sie wollen.

5) L. 24. L. 40. pr. D. *h. t.* — § 1. I. *eod.*

6) Cf. supra § 642. nr. 2. 3.

7) § 6. I. *de exher. lib.* — L. 12. pr. L. 47. in f. D. *de bon. libert.* (XXXVIII, 2.) — L. 9. et 10. C. *h. t.* — L. 7. L. 8. L. 36. § 2. D. *eod.* — L. 39. *eod.* — L. 27. § 2. D. L. 9. C. *de inoff. test.* (III, 28.) — Quodsi, qui testatur, miles non sit, in castrensibus quidem bonis idem non habet privilegium, in quasi castrensibus habet, praeterquam si clericus sit! Cf. § 6. I. *de exher. liberor.* — L. 17. C. *h. t.* — L. 37. C. *de inoff. test.* — Quod quidem jus Novella 115. sublatum esse videtur. — Cf. *Waechter* in ephemerid. Tub. I. p. 11. et *Auctoris* contin. XXXV. p. 195—219.

iis quoque, qui ad testamentum facti sunt [8]). 5) Liberrimam habet substituendi facultatem, hoc pacto, ut et his, qui jam exstiterunt heredes, directo substituere possit [9]), et liberis pupillariter, quamvis sibi ipse non faciat testamentum [10]), itemque liberis ultra pubertatis annos, nec patriae ipsius potestati subjectis, in his duntaxat bonis, quae ab ipso profecta sunt [11]). Neque vero simplici substitutioni a milite factae etiam inest duplex, nisi id ita voluisse militem manifesto appareat [12]). 6) Potest et ad tempus, et post tempus, et ad conditionem miles heredem instituere [13]), et pro parte testatus decedere [14]), et diversis testamentis heredes scribere [15]), tum etiam alium castrensium, alium caeterorum facere bonorum heredem [16]). 7) Cessat Falcidia in militum testamentis [17]), haecque ipsa 8) nuda testatoris voluntate tolluntur, itidemque renovantur [18]). Jam vero militum testamenta et post missionem intra anni spatium jure militari valent, scil. eorum, qui justam consecuti sunt missionem, i. e. vel honestam vel causariam; nam ignominiose dimissorum statim desinunt valere testamenta [19]). Caeterum omnino omnibus, qui in hostico s. in hosticolo cum militibus sunt ipsius belli tempore, jure militari testari permissum est, sic tamen, ut, nisi ibi decedant, statim in irritum cadant hujusmodi testamenta [20]).

§ 688. 2) *Parentum inter liberos testamentum* (*).

Parentum inter liberos voco testamentum, quo non honorantur, nisi qui in liberorum sunt numero testatoris, eorumque talium, qui ab intestato fuerant successuri [1]). Et cum jam pridem licuisset parentibus, tamquam familiae erciscundae arbitris, inter liberos ab intestato successuros divisionem facere futurae hereditatis [2]), postea impp. constitutionibus nova haecce invaluit testamenti minus solennis species [3]). Cujus, cum nulla ante constituta esset juris forma, tandem Justinianus, a consueta quidem testamentorum forma recedere parentibus per-

8) L. 36. pr. D. *h. t.*

9) L. 5. D. *h. t.* — *Hoepfner* Comment. § 512. nr. 3. et not. 4.

10) L. 2. § 1. D. *de V. et P. S.* (XXVIII, 6.) — L. 41. § 5. D. *h. t.*

11) L. 15. D. *de V. et P. S.* — L. 8. in f. C. *de impub. et al. substit.* — L. 41. § 4. D. *h. t.* — Cf. L. 28. D. *eod.*

12) L. 8. C. *de imp. et al. subst.* (cf. § 673. not. 6.).

13) L. 15. § 4. L. 41. pr. D. *h. t.*

14) L. 6. 37. pr. D. *h. t.* (cf. et not. 16. in f.). — Cessat igitur et jus accrescendi. L. 37. D. L. 1. C. *h. t.*

15) L. 19. pr. D. *h. t.*—Cf. L. 27. *eod.*

16) L. 17. § 1. D. L. 1. C. *h. t.* — Caeter. cf. L. 13. § 1. D. *h. t.* — L. 19. § 2. D. *de castr. pec.* (XLIX, 17.) (*Loehr* Archiv f. civ. Pr. VII. p. 266. nr. 1.).

17) L. 17. § 4. L. 18. pr. D. L. 12. C. *h. t.*

18) L. 15. § 1. D. *h. t.* — *Auctoris* contin. XXXVIII. p. 298—300.

19) § 3. I. L. 26. D. *h. t.* — Cf. a) L. 21. D. *eod.* — b) L. 38. § 1. D. *eod.* — *H. J. O. Koenig* D. quamdiu valeat test. militare. Hal. 1780.

20) L. ult. D. *h. t.* — L. un. D. *de B. P. ex test. mil.* (XXXVII, 13.) — De significatione, quae *hosticoli* verbo tribuenda sit, vid. *Bynkershoek* obs. IV, 20.; de ipsius autem praecepti argumento atque vi cf. *Hoepfner* Comment. § 456. — Vid. et *Koenig* l. l. § 11.

§ 688.

(*) Nov. 107. — *H. Schroeder* de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus. Jen. 1819. — *J. M. Euler* de testamento et divisione parent. int. lib. comment. Berol. 1820. 8.

1) Quod quidem, quamvis huc trahere non liceat L. 26. C. *fam. erc.* (III, 36.), tamen et posteriorum legum rationi vel maxime consentaneum est. — *Pufendorf* obs. II, 30. — Dissent. *Schroeder* l. l. § 8., et, quod quidem ad superstitum liberorum nepotes attinet, *Euler* l. l. § 28. 29.

2) L. 39. § 1. et 5. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — L. 20. § 3. L. 33. *eod.*—L. 16. C. *eod.* (III, 36.) — L. 26. *eod.*

3) Jam enim lex Constantini (L. 26. C. *fam. erc.*) novae illi testandi viae ac rationi ansam praebuisse videtur, licet imperator, ejusmodi parentum voluntates jure testamentorum valere, nondum statuerit. Planior est Theodos. II. const.: L. 21. § 1. C. *de test.* (VI, 23.), cui postremo successit lex Justiniani (not. *.), e qua demum originem esse repetendam horum testamentorum, censent *Euler* (§ 10.) aliique, quos ille nominat. — Cf. *Vinnii* sel. jur. qu. II, 17.

mittens, peculiarem tamen hujusmodi testamentis definivit formam, hoc pacto, ut propria manu parentes necesse habeant voluntatem suam literis consignare [4]), itemque liberorum nomina exprimere [5]), uncias etiam, quas cuique adsignari voluerint, integris literis, non numerorum signis scribere [6]), temporisque adjectione scripturam confirmare [7]). Ex quo etiam illud conficitur, cum testes esse nullos adhibendos in hisce testamentis, tum vero fieri non posse, ut per nuncupationem parentes testamenta condant absque solennitatis observatione [8]); certe Romano jure [9]). Caeterum omnia quidem, quod ad argumentum attinet atque materiam testamentorum, a parentibus observanda sunt, e quibus vis testamentorum pendet; at vero, quoniam testamenti instar solennis habet scriptura parentum, consequens est, ut exheredationes quoque liberorum fieri isto modo possint, dummodo unum et alterum eorum instituat eo testamento parens [10]). Neque vero honoratorum personis extraneus debet admisceri, nisi etiam legitimus adhibeatur testium numerus [11]). Quemadmodum autem minus solenni parentum testamento non tollitur, quod antea rite conditum est testamentum [12]): sic ne illud quidem, quod sola parentum scriptura continetur, tolli mutarive aliter potest, quam aut perfecta s. solenni testamenti specie, aut prióris facta revocatione coram septem testibus [13]). — Plurimum autem differt, ad hujusmodi parentum testamento minus solenni, divisio bonorum hereditariorum a parentibus facta inter liberos, qui quandoque successuri sunt ab intestato [14]). Cui item Justinianus, litium controversiarumque praecidendarum causa, certam statuit formam, eamque duplicem; nam aut divisioni illi subscribat parens, aut subscribi ei ab ipsis liberis curet (not. 14.). Quo facto semper etiam tolli mutarive a parente poterit divisio; at liberi eandem impugnare nequeunt, ne hi quidem, qui minus illis debita portione adsignatum esse affirmant, quippe quibus, nisi subscriptione sua consenserint divisioni [15]), ad supplendam legitimam comparata sit actio [16]). Nec magis id nocet divisionis hujusmodi viribus, tacite esse praetermissum aliquem ex iis, qui in liberorum numero sunt, sive jam natus ille, sive postumus sit, cum nemo liberorum pro praeterito haberi possit, quorum pater testamentum nullum reliquit [17]).

4) Nov. 107. c. 1.—Sola igitur testatoris subscriptio non sufficit (*Euler* § 55. 56.). Sunt quidem, qui secus sentiant, velut *Leyser* sp. 407. m. 4., *Pufendorf* obs. III, 5., maxime propter novam Nov. 119. c. 9. sanctionem. Sed vid. not. seq. — Nec magis potest ad coecorum testamenta pertinere privilegium, certe ex Romani juris sententia; (nam vid. not. 9.).—Cf. *Euler* § 54.

5) Nov. 107. c. 1. — Cf. Auth. *quod sine* C. *de testam.* Quod quidem legis praeceptum sublatum esse videri non potest Novella 119. c. 9., propter regulam supra — § 52. (not. 9) — traditam.—Cf. *Thibaut* civ. Abh. p. 113 sq.—*Schroeder* l. l. § 12. et *Euler* § 43. — Caeterum demonstrationem hic quoque nominis vice fungi, conveniens est dicere (cf. § 645. not. 2.).

6) Nov. 107. c. 1.—Cf. *Euler* § 45—48.

7) Nov. 107. c. 1.— Cf. ed. *Spangenb.* not. 11. —*Euler* l. l. § 38 —41. — *Andreae* Archiv f. civ. Pr. IV. nr. 25.

8) Insuper. *Vinnius* sel. jur. qu. II, 18.

9) Nam Maximiliani imp. praeceptum: In Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, — — — — wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf Zween »—(Not. O. Tit. von Testam. § 2.), plerique solent intelligere de nuncupativo test. — Cf. *Hoepfner* Comment. § 460. et ib. not. 10. et *Euler* § 23. — Vid. tamen *Schroeder* l. l. § 15.

10) Cf. *Schroeder* § 17. et *Euler* § 69.

11) L. 21. § 1. C. *de testam.* — Nov. 107. c. 1. — *Hoepfner* Comment. § 460. not. 14. — *Euler* § 61. 62.—Caeterum, cum in honoratorum numero tutor nequeat haberi, cui nihil testamento relinquatur, dubitandum non est, quin etiam tutoris datio patris inter liberos testamento fieri possit.

12) id quod ex Maximiliani verbis (l. l.): « da kein ander ihr Testament zuvor gemacht » — colligi poterit.—Cf. *Thibaut* Pand. § 978. in f.

13) Nov. 107. c. 2. — Cf. *Auctoris* contin. XXXVIII. p. 300 sq.

14) Nov. 18. c. 7.—Nov. 107. c. 3.—(Cf. et not. 2.) — *C. Wildvogel* comm. de divisione parent. int. lib. Jen. 1748.—*Schroeder* l. l. § 19 sqq.—*Euler* l. l. § 79 sqq.

15) Vid. enim L. 20. § 3. in f. D. *de fam. erc.* (X, 2.)

16) Cf. *Schroeder* § 24.—*Euler* § 85.

17) Cf. etiam *Wildvogel* l. l. th. 25.

§ 689. 3) *Reliquae testamentorum minus solemnium species.*

Sunt etiam aliae testamentorum minus solemnium species, quas quidem breviter recensere sufficiet. Et 1) primum quidem illud est, quod tempore pestis conditum testamentum vulgo vocant. In quo unum illud remissum esse dicunt, quod testes uno eodemque tempore adhiberi jungique necesse non sit, scil. propter metum contagionis, reliqua omnia communi testamentorum jure perficienda sint [1]. 2) Alterum est. quod rusticanis, i. e. ruri degentibus ibique testantibus, facere permittitur, hoc pacto, ut quinque adhibitos esse testes sufficiat, ita scil., nisi plurium fuerit copia; qui, si literarum periti sunt, et suo et eorum testium nomine, qui nesciant scribere, testamento subscribant necesse est, imperitos vero scribendi testatoris voluntatem compertam habere oportet, de eaque post mortem illius juratos deponere [2]. Est etiam 3) in horum testamentorum numero quodammodo habendum, quod *testamentum posterius imperfectum* appellare solent; vis enim infirmandi prioris testamenti, quo quidem exclusi sunt heredes ab intestato, posteriori tribuitur, cui nonnisi codicillorum forma adhibita est, dummodo eos, qui ab intestato successuri sint, institui eo testator curaverit [3]. Denique 3) non praetermittendum, quod jure can. introductum est *testamentum ad pias causas*, ut nunc quidem vocatur. Cujus haec est vis, ut, quae in ecclesiam vel monasterium [4])

§ 689.

1) L. 8. C. *de testam.* « (Casus majoris ac novi contingentis ratione, adversus timorem contagionis, quae testes deterreat, licet aliquid de jure laxatum est, non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas peremta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos [*al.* oppressis] eo tempore jungi atque sociari remissum est; non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est. » — Caeterum, qui hanc sententiam defendunt, nec de loci lectione, nec de singularum vocum interpretationa plane inter se consentiunt. — Vid. *Koechy* civ. Erört. I. Nr. III. et qui ab illo laudantur scriptoraa. — Sunt tamen, inter eosque magni nominis JCti qui longe aliter h. l. interpretentur, velut *J. Cujacius* obs. XXVI, 10. (qui, Basilicorum — T. IV. — fere secutus interpretationem, eo vel maxime contineri hocce privilegium arbitratur, ut extra testatoris conspectum testes signent testamentum); tum varo *Glossator* ad h. l., *Jac. Gothofredus* in Diss. de testamento tempore pestis, vel a testatore peste contacto, condito (opp. min. p. 627 sqq.), et *Marezoll* Zeitschrift für Civilr. u. Proc. T. IV. p. 77 sqq. § 5. Nr. I. (qui quidem de morbo comitiali similibusque, quibus in testandi actu corripiatur testator, hunc locum intelligendum esse censent). — Praeterea prorsus singularem ejusdem l. interpretationem proponit *C. F. D. Moser* Vers. üb. einzelne Theile des bürgerl. R. (Stuttg. 1806.) nr. 2. — Sunt etiam, qui ad omnes necessitatis causas legem illam trahant; contra quos vid. *Stryck* caut. testam. c. XI. § 11. — Cf. et *C. G. Reinhardt* de testam. parturientium, privilegio — nullo munitis. Jen. 1746.

2) L. ult. C. *de testam.* — *Sam. Stryck* de testamento rusticorum. Frcf. 1674. — *Marezoll* in Arch. f. civ. Pr. IX. Nr. XV. p. 297 sqq. (*Waechter* ephem. Tub. II. p. 169 sqq. et *Puchta* ephem. Erl. VI. p. 1 sqq.) — Caeterum e ratione legis initio allata facile collegeris, rusticis, tamquam imperitis, hoc privilegium datum esse; quod quidem a Maximiliano imp. apertius etiam sancitum esse videtur, Not.-O. I. I. § 2. Rursus autem, propter inferiora legis verba: « in illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati » *rel.*, aliquis arbitretur, omnino ad omnes, qui ruri testamenta condant, jus illud pertinere. In tanta igitur rationum inconstantia tutius erit, verbis inhaerere legis, quae dispositiva vocant, ne alia atque alia e legis rationa colligendo varium jus atque incertum efficiamus. — De ea vero quaestiona: ad quemnam potissimum probatio pertineat, scil. legitimorum testium justum numerum vel adfuisse vel defuisse, utrum ad legitimum heredem, an ad eum, qui testamento heres institutus est? in utramque partem disputatur. Testamentario heredi incumbere probationem, affirmant *Marezoll* l. l. p. 315. — *Waechter* l. l. p. 174. et *Emminghaus* in Archiv f. civ. Pr. XIX. p. 264. Sed principiis supra (§ 147. in f.) positis contraria sententia magis esse conveniens videtur.

3) L. 21. § 3. C. *de testam.* (cf. L. 2. D. *de inj. rupto, irr. test.* (XXVIII. 3.) — *Hoepfner* Comment. § 463. not. 1. 2. — *Auctoris* contin. XXXVIII. p. 364 — 402. (Nr. II.) — Caeter. cf. *Marezoll* in *Grolm.* et *Loehr's* Magaz. IV. p. 173. nr. 4. Aliud etiam testamentorum imperfectorum genus *Bynkershoekius* (obs. II, 2.) in L. 39. § 1. D. *de leg.* III. delitescere sibi persuadet, eorum scil., quae ab his fiant, quibus nulli sint nec liberi nec cognati. At quam recte? videant, cum qui ad haec verba: « *arcessitis amicis* — — — eaque dicta *in testationem Gajum Sejum redegisse* », animum attenderint, tum vero maxime, qui certam jure Pandectarum fideicommissorum formam nullam constitutam esse perpenderint.

4) c. 4. et 11. X. *de testam.* (III, 26.) — Quod quidem jus forensis usus auctoritate ad omnia postea porrectum est pia corpora. — Cf. *Pfeiffer* pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissensch. T. II. p. 338 sqq. Nr. X.

testamento conferantur, ea etiam coram duobus testibus, legitimis illis quidem [5]) recte constituantur [6]).

CAPUT IV.

DE ACQUIRENDIS HEREDITATIBUS.

Inst. (II, 19.) *de heredum qualitate et differentia.* — Dig. (XXIX, 2.) *de acquirenda (vel omittenda) hereditate.* — Cod. (VI, 30.) *de jure deliberandi, et de adeunda vel acquirenda hereditate.*

TIT. I. DE ACQUIRENDARUM HEREDITATUM RATIONE AC FORMA.

§ 690. I. *De acquirenda hereditate generatim exponitur.* A) *Acquirendi summa ratio et necessariae conditiones.*

Acquiritur hereditas aut facto heredis aliusve, qui illius nomine agat, aut ipsojure (§ 693.). Et facto quidem dupliciter : aut civili jure, aut praetorio, i. e. bonorum possessionis agnitione (§ 696.). Omnino autem idoneus esse debet hereditatibus capessendis, qui acquirat hereditatem [1]), tum vere delatum jus [2]), nec legitimum aliquod adsit acquirendae hereditatis impedimentum [3]). Quo in genere etiam postumus est, qui quidem, dum nasci speratur, moram infert hereditati acquirendae, sive ad eum solum pertineat hereditas [4]), sive cum aliis in candem hereditatem ipse concurrat [5]); utique tum, cum parentis testamento *praeteritus* est postumus [6]). Neque ipsius quidem postumi nomine interim acquiri potest hereditas, sed magis ei prospicitur, qui in utero est, juris futuri conservandi causa, ne natus quandoque damnum incurrat [7]). Caeterum qui sub conditione heres institutus est, et antequam ea existat, cautione oblata, hereditatem potest accipere, vel bonorum possessionem [8]).

5) c. 11. X. *de testam.*—At vero sunt, qui non modo legitimos testes (i. e. tales, quales jus civile adhiberi testamentis permittit, *Pufendorf* obs. I, 172.) minime requiri autument (*Pfeiffer* l. l. p. 340 sqq.), verum etiam omnino necessitatem testium adhibendorum testatoribus remittant, dummodo e scripto constet testatoris voluntas, velut *J. H. Boehmer* J. C. Pr. Lib. III. Tit. 26. § 21 sq. Cui quidem interpretationi verborum sententia refragatur, a qua recedere ipsius legis natura minime patitur (cf. § 62. not. 8. et § 64. not. 10. 11.).

6) Quae extraneis hujusmodi testamento relinquuntur personis, ea non valere jure testamenti ad pias causas conditi, plerique recte statuunt. Dissent. post alios *Hofacker* principia jur. civ. Rom. Germ. § 1380.

§ 690.

1) L. 1. § 4. D. *ad SCt. Tertull.* (XXXVIII, 17.) —§ 4. I. *h. t.*—L. 6. § 2. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.) (cf. supra § 618. in f.).

2) L. 21. § 2. L. 27. D. *h. t.* (cf. supra § 616.). — L. 3. D. *eod.*— Caeterum cf. L. 35. pr. *eod.* — Quae quomodo conciliandasit cum L. 80. § 2. *eod.*, vid. *Cujac.* obs. XII, 14.

3) Quale erat, quod Silaniano SCto est constitutum. *Paulli* sent. rec. Lib. III. Tit. V. § 1—12. — Cf. supra § 655. not. 3. (et de usu hujus juris hodierno *Stryck* usu mod. Pand. ad Tit. Dig. de SCto Silaniano § 2.). — Vid. et *Paulli* sent. rec. Lib. III. Tit. V. § 17. (cf. L. 3. C. *de ed. D. Hadr. toll.* VI, 33.). — Contra vero provisum erat, ne diutius cunctando mora fieret aut honoratis, aut aerario. — *Paulli* sent. rec. Lib. IV. Tit. VI. § 3. (cf. et *Ulp.* Fr. XXIV. § 31.—L. 3. in f. C. *de jure deliber.* (VI, 30.) — L. un. § 1. C. *de cad. toll.* (XI, 51.) — *Cujac.* et *Schulting* ad *Paulli* et *Ulpiani* loc. modo escit.).

4) L. 30. § 1. et 4. D. *h. t.* — L. 1. § 8. D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8.)

5) L. 84. D. *h. t.* (§ 593. not. 5.).

6) L. 30. § 2. D. *h. t.* — L. 3. § 1. D. *si pars heredit. pet.* (V, 4.) — Cf. *Foerster* de B. P. liberor. praeteritor. P. posterior § 46. 47.

7) L. 1. § 5. L. 3. 4. D. *si pars her. pet.* (V, 4.) —L. 28. § 5. D. *de judic.* (V, 1.) (cf. § 177. not. 7. et § 518. not. 14.). — Caeterum vid. L. 30. § 6. D. *h. t.*— Cf. *Smallenburgii* not. 21. — *Schultingii* not. 21. ad L. 3. D. *si pars hered. pet.* adjecta (T. II. p. 136 sq.), nec non *Schult.* not. ad L. 30. § 6. D. *h. t.* (T. V. p. 133.).

8) L. 2. § 1. L. 5. pr. L. 6. L. 10. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII, 11.)—L. 23. pr. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.) (cf. supra § 619. not. 3.).

§ 691. B) *Voluntatis significatio animique intentio ejus, qui facto acquirat hereditatem.*

Potest heres et expressis verbis hereditatem adquirere, et tacita voluntatis significatione [1]). Atque utroque modo pure fiat hereditatis aditio [2]), omninoque ita, uti delatum est jus [3]). Quodsi conditio adjicitur, nihil valet, quod agitur [4]); sin pro parte tantum jus cognoscit heres, totum, quod sibi delatum est, necesse habet agnoscere [5]). Qui vi metuque coactus hereditatem adiit, in integrum restituitur [6]). Quodsi dolo heres deceptus adiit, de dolo aut actio aut exceptio locum habet [7]); erroris autem nulla ratio habetur [8]),praeterquam si aut de parte delata error sit [9]), aut de causa delationis (not 11.). Nam non solum vere esse delatum jus, scire oportet heredem [10]), verum etiam causam nosse delationis [11]), tum vero justam eam ac legitimam existimare [12]), praeterea non ignorare, pure heres institutus sit, an sub conditione [13]), item, exstiteritne conditio, an adhuc pendeat, vel etiam defecerit [14])? Caeterum falso existimare, conditionem esse adjectam institutioni, impleta ea, nihil nocet adquisitioni [15]), non magis, quam partem, quae delata sit, ignorare [16]).

§ 692. C) *Singularia de jure hereditatum acquirendarum praecepta.*

Sunt tamen in acquirendarum hereditatum jure singularia quaedam constituta eorum causa, qui vel patriae potestati subjiciuntur, vel ut impuberes et furiosi sub tutela sunt aut sub cura. Etenim 1) hereditatem, bonorumve possessionem filiofamilias delatam, eique infanti, patri licebit illius nomine acquirere [1]). Quod si fecerit, filio postea in integrum restitutione impetrata adversus hereditatis aditionem, pater nihilominus illigatur oneribus hereditariis; contra vero nec nocet filio, repudiatam esse a patre hereditatem [2]). Post impletos infantiae annos aut pater potest filio consentiente, aut filius consentiente patre, adire hereditatem [3]), hoc pacto, ut, si filius recusare eam maluerit, patri eam sibi acquirendi jus sit, sin vero pater consensum suum impertire noluerit, filio liceat,

§ 691.

1) § 7. I. *h. t.* (cf. § 694.).
2) L. 77. D. *de reg. jur.* et ibi *Jac. Gothofredus* in opp. min. p. 941. nr. 3. — *Hoepfner* Commentar. § 545.— Vid. et not. 4.
3) L. 1. et 2. L. 80. pr. D. L. 20. C. *h. t.*
4) L. 51. § 2. D. *h. t.*
5) L. 10. L. 35. pr. et § 2. L. 36. L. 80. § 1. D. *h. t.*
6) L. 21. § 5. D. *quod met. causa.* (IV, 2.) — L. 85. D. *h. t.* (De leg. 6. § 7. D. *h. t.* et lectione et sensu vid. *A. Schulting* ad Prola Pand. Lib. IV. Tit. 2. § 6. — *Id.* in not. ad Dig. T. V. p. 125. — *Dompierre de Jonquières* de rest. in int. p. 71 sq.
7) L. 40. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)
8) L. 34. pr. L. 96. D. *h. t.* — Cf. et L. 8. pr. D. *h. t.*
9) L. 75. D. *h. t.*
10) L. 19. L. 32. pr. D. *h. t.*—L. 13. § 1. *eod.*— Contraria non est L. 33. D. *h. t.*, quippe ex fictione legis Corneliae explicanda.
11) L. 22. D. *h. t.*
12) a) L. 32. § 2. D. *h. t.*—b) L. 30. § 8. *eod.* — L. 17. pr. *eod.* — L. 46. *eod.* — c) L. 51. pr. D. *eod.*—d) L. 30. § 1. 3. et 5. D. *h. t.* (cf. § 690. not. 5.).
13) L. 32. § 1. D. *h. t.*
14) L. 21. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) (cf. *Endemann* D. de implendae conditionis tempore p. 57. 58.). — Caeterum obstare videtur L. 21. § 3. *h. t.* (quacum etiam cf. L. 80. § 2. *eod.*, supra § 691. not. 2.). — Vid. *J. Gothofredi* animadv. jur. civ. c. 17. (opp. min. p. 312 sqq.). — *A. Schulting* not. ad Dig. ed. *Smallenb.* T. V. p. 130.
15) L. 34. § 1. D. *h. t.*
16) L. 21. § 3. D. *h. t.* — L. 5. § 1. D. *si pars hered.* (V, 4.)

§ 692.

1) L. 18. pr. C. *h. t.* — De filio reipublicae causa absente eoque mortuo vid. L. 30. pr. D. *h. t.*
2) L. ult. § 6. C. *de bon., quae lib.* (VI, 61.)
3) L. 4. L. 18. § 4. C. *h. t.* — Cf. L. ult. § 3. C. *de bon., quae liberis.*

arbitrio suo adire hereditatem, dummodo curatorem hereditati a judice dari petierit is quidem, qui nondum integrae est aetatis [4]). 2) Tutor impuberis ejusdemque infantis hereditatem huic delatam pupilli nomine adire potest [5]). Quod si aut facere neglexerit, aut omnino nullus sit tutor pupillo, hoc quidem intra infantiae terminum defuncto, ad eos perveniet hereditas, qui, nisi pupillus ipsos antecedat, proximiores futuri sunt in ea hereditate [6]). Sin septem annorum aetatem excesserit pupillus, ipse adire hereditatem vel bonorum possessionem petere potest, scil. auctore tutore, aut si tutorem non habeat, ex magistratus decreto [7]). 3) Curator vero furiosi hereditatis tuendae causa, quae ad furiosum delata est, bonorum possessionem ex magistratus decreto agnoscere necesse habet, hac quidem potestate, ut, si in furore ille mortem obierit, ad eos perveniat jus, qui, mortuo furioso, proximiores sint ad eam hereditatem [8]); sin resipuerit, suo ipse statuat arbitrio, utrum ad se pertinere hereditatem, an eandem repudiare malit [9]).

§ 693. II. *Singulatim*, A) *quomodo civili jure acquiratur hereditas*, 1) *suis et necessariis heredibus*.

Hereditas suis et necessariis acquiritur ipso jure, extraneis s. voluntariis heredibus aditionis facto. Atque in suorum numero heredum, licet hi tantummodo haberi plerumque possint, qui proxime ac nulla alia interveniente persona patriae subjiciuntur potestati ejus, de cujus successione quaeritur [1]), tamen fieri avi testamento potest, ut in nepotem ex filio, in patris potestate constituto eodemque exheredato, sui heredis jura transferantur [2]). Contra vero patris testamento, sub potestativa conditione filium heredem instituentis, efficitur, ut extranei loco sit heredis, qui alioquin in suorum numero est [3]). Acquiret igitur hereditatem suus heres, simul atque ipsi delata est, sive ab intestato sive testamento [4]), dummodo in suspenso non sit atque incerto, utrum omnino deferri potuerit hereditas ex causa testamenti [5]). Neque vero ad jus tantummodo pertinet suorum heredum ratio illa acquirendae ipso jure paternae hereditatis, sed etiam

4) L. 8. pr. § 1. C. *de bon., quae lib.*—§ 2. *eod.* — Cf. *Marezoll* in Archiv f. civ. Pr. VIII. p. 262 sqq. nr. 1.

5) L. 18. § 2. C. *h. t.* — Cf. L. 11. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.)—L. 7. § 1. L. 8. L. 11. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.) et supra § 592.

6) L. 18. § 3. C. *h. t.*—Cf. Nov. 158.

7) L. 18. § 4. C. *h. t.*—Cf. L. 9. § 3. D. *de auct. tut.*—L. 9. D. *h. t.*— L. 7. C. *qui adm. ad B. P. poss.* (VI, 9.)—L. 5. C. *h. t.*

8) L. ult. § 8. C. *de cur. fur.* (V, 70.) («————eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, *qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei*, ad cujus bona vocabuntur, si non in medio esset furiosus»—). — Cf. L. 9. D. *h. t.*—L. 2. § 11. et 13. D. *ad SCt. Tert.* (XXXVIII, 17.) et supra § 607. nr. I. et § 157. not. 12.

9) L. ult. § 9. C. *de cur. fur.*—Cf. § 641 not. 4. — Vid. et *Waechter* in ephemerid. Tub. T. II. p. 177 sqq. (nr. 3.).

§ 693.

1) § 2. et 3. I. *h. t.* et supra § 563. in f. et not. 20., tum § 625. not. 1. et 3.—Angustioribus suorum heredum notionem ex jure antiquo concludendam esse finibus, censet *L. F. Griesinger* Geschichte u. neue Theorie der Suität (Stuttg. 1807.) p. 14 — 215. Contra quem vid. Heid. Jahrb. de 1808. Abth. II. p. 135 — 141. et *Auctoris* contin. XXXVI. p. 163 sqq.

2) a) L. 1. § 8. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) — *Griesinger* l. l. p. 270. nr. 5. 6. —b) L. 6. § 5. 6. D. *h. t.*— Cf. *de Loehr* Archiv f. civ. Pr. II. p. 198—200.— Aliter rem explicare conatus est *F. L. A. de Lassberg* observ. ad jus sui hered. praes. ratione nepotis (Jen. 1821.) P. II. quem confutavit *Auctor* in comm. *Gluckii* contin. l. l. p. 142 sqq.

3) L. 86. § 1. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 12. D. *de cond. inst.* (XXVIII, 7.)

4) L. 14. D. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16.) — L. 1. § 7. D. *si quis om. c. test.* (XXIX, 4.) — § 5. I. *de her., quae ab int.* — L. 63. D. *h. t.* — L. 3. C. *h. t.*

5) L. 84. D. *h. t.*—(Cf. L. 30. § 6. *eod.*) — *Cujacius* ad lib. XVI. Qu. Papin. (opp. postum. ed. Par. T. I. p. 412 sqq.).

ad onus eorum; unde appellati sunt sui *et necessarii* [6]). At succurrit Praetor suis et necessariis, heredibus, abstinendi potestate iis concessa [7]), qua tamen non utuntur, et qui immiscuerunt se hereditati, nisi si in minore adhuc constituti sunt aetate [8]), et qui ex hereditate aliquid amoverunt vel amovendum curaverunt [9]), tum etiam qui, postquam se abstinuerunt, per suppositam personam patris bona mercati sunt [10]). Quamquam autem, qui abstinuit se paterna hereditate, heredis loco non amplius habetur [11]), tamen quaedam eorum, quae constituta sunt paterno testamento, ita sustinentur, tamquam si restitutio nulla adversus hereditatis acquisitionem facta fuisset [12]).

§ 694. 2) *Extraneis s. voluntariis heredibus;* a) *adeundi ratio.*

Extranei itaque heredes (quibus hoc in loco etiam adnumerantur, qui potestati parentum, de quorum successione agitur, non subjiciuntur) [1]), non nisi adeundo hereditatem acquirunt. Fit autem hereditatis aditio nuda voluntatis professione [2]), quae, si verbis declaratur, prae caeteris appellatur aditio (not. 4.), sin factis colligitur, scil. ex eo genere, quae fere nequent fieri, nisi ab herede [3]), pro herede sese gessisse dicitur heres [4]). Quamquam igitur nulla amplius desideratur juris solemnitas hereditatis adeundae causa, tamen propter antiqui juris memoriam atque observantiam regula retenta est, ut per procuratorem acquiri hereditas plerumque nequeat [5]); quam quidem, cum ipsius actus simplicitati minime conveniat, hodie non observamus [6]).

§ 695. b) *Aditionis tempus.*

Potest plerumque heres statim adire hereditatem, simul ut pure ad eum

6) § 2. I. *h. t.* vers.: *Necessarii vero ideo dicuntur* et rel. — L. 8. pr. in f. D. *h. t.* — L. 12. D. *qui testam fac.* (De servis, qui quidem simpliciter necessarii heredes appellati sunt, vid. § 1. I. *h. t.* et omnino de vocabulo *necessarii Auctoris* contin. l. l. p. 145 sq.)

7) § 2. in f. I. *h. t.* — L. 57. pr. D. *h. t.* — L. 12. *eod.* — L. 8. D. *de jure delib.* (XXVIII, 8.) — L. ult. C. *de repud. vel abstin. hered.* (VI, 31.) — Vid. *Jos. Averanii* interpr. jur. I, 9. et ibi inprimis nr. 74 sqq. — Cf. not. seq. in f.

8) L. 11. L. 57. pr. in f. et § 1. D. *h. t.* — L. 7. § 5. D. *de minor.* (IV, 4.) — L. 1. C. *si min. ab hered. se abstin.* (II, 39.) (cf. *Günther* pr. j. rom. nov. § 835 not. k.). — De factis, e quibus animus immiscendi se hereditati colligi possit, vid. L. 20. L. 86. in f. L. 87. pr. D. *h. t.* — L. 14. § 8. D *de relig.* (XI, 7.) — (Cf. et § seq. not. 3.). — L. 1. 2. C. *de repud. v. abst. her.* — De quaestione maxime controversa, utrum creditoribus legatariisque heredem immiscuisse sese hereditati, an heredi se non abstinuisse servandi onus incumbat, vid. *Averanius* interpr. I. 18. — *Pufendorf* obs. III, 8. — *Weber* über die Verbindl. zur Beweisf. VI. § 26.

9) L. 71. § 3—9. D. *h. t.*

10) L. 91. D. *h. t.*

11) L. 20. pr. in f. D. *de interr. in jure.* (XI, 1.) — L. 20. § 4. L. 87. § 1. D. *h. t.* — L. ult. D. *de dot. coll.* (XXXVII, 7.)

12) a) L. 41. L. 42. pr. D. *h. t.* (cf. § 672. not. 3. et § 674. not. 16.). — b) L. 30. § 10. D. *de fideic. lib.* (XL, 5.) — c) L. 68. § 1. D. *de leg.* I. — Cf. *Averanius* l. l. nr. 34—36. 41—46.

§ 694.

1) § 3. I. *h. t.* — L. 55. in f. D. *de R. N.* (XXIII, 2.)

2) § 7. I. *h. t.* (cf. *Gaji* inst. II. 167.). — At vero priscis temporibus omnino in adeunda hereditate certam observandam fuisse juris solemnitatem, suspicari licet cum ex pluribus aliis, tum vero ex cretionis formula ac solennitate, quae quidem certis ex causis olim adhiberi consuevit. — *Gaji* inst. II, 164—173. — *Ulpiani* Fr. XXII, 25. 27—34. — Sublata est cretionum solennitas L. 17. C. *h. t.* — Cf. *Schilling* Bem. üb. Röm. Rechtsgesch. p. 78. et p. 196—206.

3) L. 20. L. 86. § 2. L. 88. pr. D. *h. t.* — L. 2. et 12. C. *h. t.* — L. 14. § 7. in f. et 8. D. *de relig.* (XI. 7.) (cf. § 693. not. 8.).

4) § 7. I. *h. t.* — L. 20. pr. L. 69. in f. D. *h. t.* — L. 14. § 8. D. *de relig.*

5) L. 77. D. *de reg. jur.* — L. 90. pr. D. *h. t.* — L. 54. pr. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) — Cf. *Averanii* interpr. jur. I, 12. — Except. vid. a) § 692. not. 1—11. — b) L. 1. § 2. D. *de off. proc. Caes.* (I, 19.) (cf. L. 2. *eod.*). — *Averanius* l. l. nr. 40 sqq.

6) Caeterum *Averanius* (l. l. nr. 18 sqq.) ex ipsius rei natura regulam illam repetendam esse censet, subtilius profecto quam verius. — Cf. et *Hoepfner* Comment. § 544. not. 2. — At vid. *Auctoris* contin. XXXVIII. p. 287. not. 2.

dclatum est jus [1]). At vero fieri etiam potest, ut tempore excludatur heres, cum a singularum rerum petitione, quod usucapionibus fit [2]), etpraescriptionibus [3]), tum a tota hereditate, scil. non adita intra illud tempus hereditate, quod testator heredi constituit [4]). Itemque non adeundo intra eum terminum, quem aut magistratus concesserat, aut lex, heres excludebatur, donec novissima sua constitutione Justinianus totam bujus rei faciem mutavit. Jam vero ante Justinianum nullum lex certum proposuit spatium, quo adeunda esset hereditas, sed, vel ipso petente herede vel urgentibus creditoribus aliisve, quorum intererat, magistratus deliberandi tempus concessit [5]), centum ad minimum dies continens, ac saepius etiam, magna scil. ex causa, producendum [6]), quo tamen frustra practermisso jure suo excldebat heres [7]). Ac primo quidem Justinianus annale deliberandi spatium praestituit adeundae hereditati, ex eo computandum, quo compertum haberet heres de hereditate sibi delata, hac quidem vi, ut, si intra illud tempus heres decederet, quod rcliquum esset, ad ipsius transmitteret heredes, sin annali spatio decurso nondum voluntatem suam declaraverit, ipse una cum successoribus ab hereditate illa excluderetur [8]). Postea vero haec imperator sancivit [9]): 1) Qui intra trium mensium spatium, cx quo delata fuerit hereditas, juri suo renuntiat, omnibus incommodis solutus est, licet inventarium non confecerit [10]). 2) Potest etiam statim heres adire hereditatem, scil. cum inventario, eoque vel intra nonaginta dies, postquam de hereditate sibi dclata

§ 695.

1) L. un. § 1. C. *de cad. toll.* (VI. 51.)(cf. § 690. not. 3.). — Nec contraria est Nov. 115. c. 5. — Cf. *Leyser* sp. 370. m. 1. 2. — Cf. et infra § 698. not. 11 inf.

2) Idque fit non solum rerum hereditariarum possessione, quas ut suas alius possidet, verum etiam pro herede usucapiendo, cum is, qui bona fide se existimat heredem, singulas res ex hereditata possidet L. 33. § 1. D. *de usurp.* (XLI. 3.) — L. ult. D. *de usuc. pro her.* (XLI, 5) (cf. L. 2. C. *eod.* VII, 29.). — *Unterholzner* Verjähr. § 28. nr. 3. — Igitur jus ipsum hereditatis non acquiritur pro herede usucapiendo, scil. eo jure, quo utimur. Nam vid. a) *Cic.* de leg. II, 19 sqq. — *Gaji* inst. II, 52 sqq. — Cf. *Auctoris* obs. jur. rom. p. 6 — 8. — *Huschke* Studien p. 237. not. 67. — b) § 2. I. *de B. P.* (cf. L. 11. pr. in f. D. *de H. P.* (V. 3.) — *Savigny* Zeitschr. II. p. 369 sq. et supra § 619. not. 1. et 2. — Cf. supra § 265. not. 7.

3) Praescriptionibus excluduntur et speciales adversus debitores hereditarios actiones, et hereditatis petitio, scil. adversus eos, qui res hereditarias vel usuceperunt, vel per triginta annos possederunt; (L. 3. in f. C. *de ed. D. Hadr. toll.* (VI, 33.) — L. 3. C. *de praescript. 30 vel 40 annor.* (VII, 39.). At ipsum jus vindicandi hereditatem praescriptione minime tollitur (arg. L. 8. C. *h. t.*), quippe contra eos etiam exercendum, qui specialibus pro sua persona muniti non sunt defensionibus. — *Unterholzner* Verjährungslehre T. II. § 164. p. 47. Nr. 3. et § 167. p. 156 sq.

4) Cf. *Gaji* inst. II, 164 sqq. — *Ulp.* Fr. XXII, 25. 27 sqq. — L. 72. D. *h. t.*

5) Dig. (XXVIII, 8.) *de jure deliberandi.*

6) L. 2. 3. 4. D. *h. t.* (XXVIII, 8.)

7) L. 69. D. *h. t.* (XXIX, 2.). — L. 23. § 1. 2. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.)

8) L. 19. C. *h. t.* — Quam quidem legem non nisi de transmissionis jure intelligendam esse, affirmat *Schoemanus* (Handb. des Civilr. II. nr. XII.) et, qui assentit, censor Heidelbergens. (Jahrb. anni 1808. Abth. II. p. 84 sq.). At, quamvis non negaverim, id vel maxime curae fuisse legislatori, ut de jure hereditario ad successores heredis transmittendo benigne quaedam praeciperet, tamen praecepti sui rationem eo manifesto posuit imperator, quod, sive petierit heres deliberationem sive non, utique per unius anni spatium deliberare videatur. Jam vero ea, quae antiquitus fuit spatii ad deliberandum concessi vis, ut frustra illo transacto ab hereditate excluderetur heres (not. 7.), novo beneficio, quod successorum heredis causa introduxit imp., non potest videri esse sublata. Cui etiam sententiae nostrae legis verba suffragantur: 1) « — *is cum successione sua* ab hujusmodi beneficio excludatur », tum vero maxime 2) « quo completo, *nec heredibus ejus* regressus in hereditatem — servabitur ». — Neque contrariae sententiae confirmandae causa ad L. 3. C. *de ed. D. Hadr. toll.* verba familia (« Sive enim post. annale tempus — — aliquis fuerit missus » *rel.*) licebit provocare; quippe quae non ad deliberandi spatium, sed ad missionum tempus referenda sint. — Cf. *Paulli* sent. rec. Lib. III. Tit. V. § 16.

9) L. ult. C. *h. t.*

10) L. ult. § 1. C. *h. t.* « — — si — — — intra trium mensium spatium — — — ei renuntiet, — — *sit alienus ab hujusmodi hereditate.* — [Hunc locum in literam interpretaturus, heredem, qui intra trium mensium spatium juri suo non renuntiaverit suscipere teneri hereditatem facile collegeris. Quam quidem sententiam quum juris dispositionibus contrariam, tum cum iis, quae § sq. disputabimus minime consentaneam prioribus libri hujus editionibus adoptaverat *Auctor*. Vid. et *Marezoll* in Arch. f. civ. Pr. T. VIII. p. 268 — 279. Nr. VI. Contra quem Ephemerid. Erlang. T. II. p. 39 sq. et *A. de Vangerow* comm. ad L. ult. § 1. C. *de jure delib.* — Marb. 1830. — Vid. et *Weber* Beweisführung VI. § 28. — E.G.]

cognovit, vel, si longius abest ab iis locis, ubi res hereditariae, vel maxima earum pars, positae sunt, intra anni spatium a morte testatoris computandum, rite legitimeque conficiendo [11]). Quo quidem facto, non solum sine omni damno atque periculo hereditatem habebit, sed praeterea etiam peculiaria sibi aut conservabit aut acquiret jura [12]), de quibus accuratius dicetur suo loco (§ 699.). Quodsi vero inventarium facere neglexerit, omnimodo manet illigatus hereditati, nec utique perfruetur commodis, quae inventarium facienti lex heredi tribuit [13]). 3) Qui, hujus legis beneficio non usurus, deliberare mavult quam hereditatem adire, facere id quidem potest, dummodo deliberandi spatium, vel unius anni a principe vel novem mensium a judice, sibi indulgeri curet [14]). Quodsi intra illud deliberandi tempus aut adierit hereditatem aut non recusaverit, si quidem inventarium etiam confecerit, tamen in solidum tenetur creditoribus hereditatis, Falcidiae vero legis beneficio uti potest. Sin ne inventarium quidem conscripserit, etiam legata solvere integra necesse habet. Recusatione autem post deliberationem impetratam, at tempestive, facta, rerum hereditariarum restitutio creditoribus, iisve, ad quos pertinebit hereditas, facienda est aut ex inventario, si quod est conscriptum, aut, nullo condito inventario, ex accipientium sacramento, taxatione scil. a judice adjicienda [15]). Qua quidem imperatoris sanctione, licet antiquioribus legumlatorum de tempore deliberandi praeceptis derogatum sit, hoc pacto, ut nec legitimum annale deliberationis tempus amplius supersit heredi [16]), tamen nihil impedit, quo minus usu retineantur, et quae de jure heredis, dum deliberat, jam olim recepta sunt [17]), et quae de tempore deliberandi, pupilli nomine petito, speciatim Praetores edixerunt [18]).

§ 696. B) *Bonorum possessionis agnoscendae ratio.*

Practoriae successionis hoc vel maxime proprium est, ut nec ipso jure nec nuda successoris voluntate acquiratur jus, sed bonorum possessionem agnoscere s. petere, quicunque a Praetore vocatur ad hereditatem, necesse habeat [1]), idque intra tempora praefinita (§ 620. nr. 5.). Et cum olim quidem vel apud Praetorem vel apud Pracsidem provinciae solenni forma agnoscenda esset b. p., postea constitutum est, ut qualiscunque voluntatis significatio apud quemlibet judicem

11) L. ult. § 2. 3. C. *h. t.*—Cf. Nov. 1. c. 2. et infra § 697. not. 1. § 699. not. 8.

12) L. ult. § 4—11. *h. t.*

13) L. ult. C. § 12. *h. t.*

14) L. ult. C. § 13. *h. t.* « — — — Semel, et non saepius, eam (deliberationem) peti concedimus. »

15) L. ult. C. § 14. *h. t.*

16) Sunt, qui duplex esse statoant deliberandi tempus, alterum legitimum, quod anoi spatio definitum sit, alterum illud, quod principis judicisve decreto heredi indulgeatur; v. c. *Hoepfner* Comment. § 548. et *Thibaut* Vers. II, or. 7. iisque favet Nov. 158. Quibus haec vel maxime adversaotur. a) Quod novissima lege prioribus derogari, quae cum a Gordiano, tum vero ab ipso Justioiaoo hujus rei causa promulgatae essent, nominatim ac sobinde sancivit imperator. L. ult. pr. et § 15. C. *h. t.* b) specialis dispositio Legis ult. § 11. C. *h. t.* vers.: « *sed si hoc spatium* (scil. inventario conscribendo praestitutum) *ipso jure pro deliberatione heredibus concessum* ». Quod vero nihilominus L. 19. C. *h. t.* insertam invenimus Justin. Cod., duplicem habet causam, alteram interpretationis quo facilius intelligatur L. ult. *eod.* (quam ad explicandam Legem 19. opus est), alterum usus, qui etiamnum ex hac lege potest superesse.—Parvumque refert, Nov. 158. in glossatarum numero non esse (*Biener* Gesch. der Novelleo. p. 474.) quia recte interpres utitur non glossatorum locorum comparatione, ut, quaenam aliorum sit sententia, probe intelligat. —Cf. *de Vangerow* l. l. p. 46.

17) L. 28. D. *h. t.* (XXIX, 2.).— L. 5. et 6. D. *h. t.* (XXVIII, 8.).—Cf. L. 9. D. *eod.*

18) L. 7. D. *h. t.* (XXVIII, 8.)

§ 696.

1) Cf. supra § 619 sqq., nec non L. 3. in f. L. 4. L. 5. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.) — L. 14. pr. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.)

de hereditate sibi habenda a successore facta, acquirendo juri sufficeret [2]). Nec umquam prohibitum est, quo minus per procuratorem peti posset bonorum possessio [3]), his certe, qui non ut impuberes ac furiosi sub tutela essent vel cura [4]). Quoniam autem, quod ad vim attinet ac potestatem juris, nihil est inter hereditatem et bonorum possessionem, quod differat [5]), id jam nobis praecipue erit anquirendum : num legis, quam de aditionis tempore et inventario Justinianus edidit (§ 695. nr. 1 sq.), usus aliquis sit in bonorum possessionibus? De quo, cum nihil legibus statutum sit, quae probabiliora sunt, sequi licebit. Jam vero, cum de acquirendo successionis jure quaeritur, hoc vel maxime interest inter heredes et bonorum possessores, quod his quidem contra stricti juris rationem et velut extraordinario auxilio deferri videtur hereditas (not. seq. in f.); cujus differentiae et vis et utilitas eo potissimum cernitur, quod etiam novissimo jure b. p. apud judicem petenda sit, tum intra tempora prisco jure constituta [6]). Ex quo facile colligitur, quae de hereditatis intra tres menses repudiandae necessitate Justinianus sancivit, ad eos nulla ratione posse pertinere, quibus necessaria est bonorum possessio [7]). Contra vero hi, quibus ipso jure defertur hereditas ac pure, licet etiam agnoscere possint bon. poss. (§ 620. nr. 4.), tamen ex Justiniani constitutione, quippe quae alioquin exitum nullum habere possit, aut repudiare hereditatem, aut eam adire, aut deliberationem petere, necesse habent; nisi si forte per alium commissum sit edictum [8]), quo quidem facto dici non potest, ita certam atque absolutam esse priorem delationis causam, ut utique sequi Justiniani constitutionem necesse habeat heres. Caeterum nihil impedit, quo minus etiam bonorum possessori liceat, et cum inventarii beneficio adire hereditatem, et deliberandi spatium sibi petere, quippe quod ad utrumque, et civilem et praetorium, successorem aeque possit pertinere.

TIT. II. DE ACQUISITAE HEREDITATIS VI ATQUE EFFECTU.

§ 697. I *Jus, ad quod spectat acquisitio.* — *Hereditas jacens.*

Succedit heres in universum defuncti jus aut partem ejus pro indiviso, quatenus illud non ex eo genere est, quod cum persona exstinguitur [1]). At vero fieri etiam potest, ut talia sint in hereditate jura, quae ad ipsum defunctum haudquaquam pertinuerunt. Quo in genere, praeter ea, quorum supra mentionem fecimus (§ 610. not. 3—5.), inprimis habentur, quae hereditati, dum jacet, velut personae [2]) accesserunt. Atque ex his quidem alia ad acquisitionum, alia ad amissionum causas obligationumve succipiendarum onus referenda sunt. Acquiruntur

2) L. ult. C. *qui adm. ad b. p. poss.* (VI, 9.) (cf. L. 1. et 2. C. *comm. de succ.* (VI, 59.)—*Theophili* paraphr. ad § ult. I. de bon. poss.—*de Loehr* Magaz. III. p. 285.).

3) L. 3. § 7. L. 15. 16. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.).

4) Cf. L. 1. D. *de B. P. fur. comp.* (XXXVII, 3.) — L. 11. D. *de auct. tut.* (XXVI, 8.)— At vid. L. 7. § 1. L. 8. L. 11. D. *de B. P.* et supra § 690. not. 6 sqq.

5) Cf. § 619. et ib. context. ad not. 9 sqq.

6) § ult. I. *de B. P.* — L. ult. C. *qui adm. ad B. P. poss.* (VI, 9.) — (Nec contraria est L. 8. C. *eod.* — Cf. Archiv f. civ. Pr. II. p. 387. not. 58.)

7) Quo in genere sunt, et qui contra tab. et qui sec. tab. b. p. petere possunt, tum etiam qui ex edicto : unde vir et uxor, succedunt. — Cf. § 770. 780. et § 636. nr. 1.

8) L. 3. § 11. L. 8. § 11 sqq. *de bon. poss. contra tab.* (XXXVII, 4.) cf. infra Cap. VI.

§ 644.

1) Quod quidem argumentum plenissime supra persecuti sumus § 610 sq.

2) § 2. I. *de her. inst.*—L. 15. pr. D. *de int. in jure fac.* (XI, 1.)—L. 34. D. *a. r. d.* (XLI, 1.)—Cf. § 608. not. 2. § 609. not. 3. et § 615. not. 5.

igitur hereditati jura cum ex ejusmodi causis, quae jam coeptae sunt vivente eo, de cujus successione quaeritur, nec tamen transactae, velut usucapione [3]), tum vero ex novis acquirendi causis, quales sunt rerum hereditariarum accessiones [4]), servorum acquisitiones [5]), possessorum hereditatis comparationes [6]), extraneorum vel negotia, si quae geruntur hereditatis nomine [7]), vel etiam illicita facta [8]). Similiter ea quoque, quae ad minuenda heredum jura pertinent, vel ex ejusmodi causis descendunt, quae ante fuerunt, quam delata est hereditas, ut, si tempus transcursum sit, dum jacet hereditas, quo aut poena promissa committatur [9]), aut jura pereant [10]); vel ex lis causis, quae postea eveniunt, ut deminutionibus rerum hereditariarum, quae natura accidunt, ut impensarum erogatione in hereditarias causas facta [11]), ut negotiis hereditatis nomine gestis, aut fidejussione suscepta [12]). Quaecunque Igitur hereditati, jacente ea, aut accedunt aut decrescunt ea plerumque ita pertinebunt ad heredem, quasi jam statim a morte ejus, de cujus successione quaeritur, acquisierit ille hereditatem [13]).

§ 698. II. *Hereditatis acquisitae vis* A) *universim spectata.*

I) Omnia, quae sunt in hereditate [1]), et rerum dominia et quae in nominibus sunt, simul transferuntur ad heredem [2]), et tamquam una res petuntur vindicatione, quae de universitate proposita est [3]); possessio vero rerum hereditariarum, nisi naturaliter apprehensa est, ad heredem non pertinet [4]). II) Adimplere necesse habet heres, quae ei injuncta sunt testamento [5]); quo quidem nomine inter ipsum eosque, quos praeterea honoravit testator, quasi videtur contrahi [6]). III) Velut unam sustinet cum defuncto personam [7]), hoc pacto, ut confusio fiat utriusque

3) L. 31. § 5. L. 40. L. 44. § 3. D. *de usurp.* (XLI, 3.) (*Unterholzner* ausf. Verj. Lebre I. § 133.)

4) L. 20. § 3. L. 25. § 20. L. 26. L. 27. § 1. L. 29. L. 30. L. 40. § 1. L. 56. D. *H. P.* (V, 3.)

5) L. 44. § 3. D. *de usurp.* — Pr. I. *de stipul. serv.* et ibi *Theophil.* (cf. not. 13. in f.). — L. 31. § 1. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.) — L. 61. pr. D. *de acq. rer. dom.* (XLI, 1.) (cf. § 3. I. *per quas pers. nob. acq.*). — Caeter. cf. L. 61. § 1. D. *de acq. rer. dom.* (« — — In his sane, in quibus factum personae desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest — — — —. Ususfructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur «). L. 26. D. *de stip. servor.* (XLV, 3.) (Vat. Fr. § 55.). L. 18. D. *quib. m. ususfr. am.* (VII, 4.) — Vid. et L. 18. D *de reg. jur.* et ad eandem *J. Gothofredus* (opp. min. p. 778 sq.).

6) L. 20. pr. et § 1. L. 22. L. 27. § 1. D. *de H. P.* (V, 3.)

7) L. 3. pr. et § 6. L. 21. § 1. D. *de neg. gest.* (III, 5.)

8) a) L. 16. § 4. L. 40. § 2. D. *de H. P.* (V. 3.) — b) L. 13. § 5. D. *quod vi aut clam.* (XLIII, 24.) — c) L. 43. D. *ad Leg. Aquil.* (IX, 2.) — d) L. 1. § 4. et 6. D. *de injur.* (XLVII, 10.) — e) Dig. (XLVII, 19.) *expil. hered.* (*Stryck* usus mod. Pand. in f. h. t.). — L. 6. C. *eod.* (IX, 32.) (vid. *Auctoris* obs. jur. rom. p. 8.). — Cf. et L. 68 — 70. D. *de furtis.* (XLVII, 2.)

9) L. 77. D. *de V. O.* (XLV. 1.) — L. ult. D. *de naut. foen.* (XXII, 2.) — Nec tamen eodem loco habetur poena legibus constituta. L. 5. § 20. in f. D. *ut in possess. leg. c. esse lic.* (XXXVI, 4.)

10) L. 15. pr. D. *de in diem. add.* (XVIII, 2.)

11) L. 20. pr. L. 38. 39. D. *de H. P.*

12) L. 21. § 1. D. *de neg. gest.* — L. 1. L. 12. § 2. D. *de relig.* (XI, 7.)

13) L. 54. D. *h. t.* (XXIX, 2.) — L. 138. pr. L. 139. D. *de reg. jur.* — Except. vid. L. 25. D. *de stip. servor.* — Vid. et supra doctrina de legitimae partis computatione § 679. not. 6. et infra de Falcidia. — Caeterum potest etiam hereditati jacenti curator constitui. — Cf. supra § 608. not. 2.

§ 698.

1) De quibus privata testatoris designatio, eaque jurejurando confirmata, probationis loco est, eatenus quidem, ut nibil inde noceatur creditoribus. Nov. 48.

2) L. 37. D. *h. t.* — § 6. I. *per quas pers. nobis acquir.* (cf. § 609. not. 1.).

3) L. 1. pr. D. *de R. V.* (VI, 1.) — Cf. § 223. in f. § 609. not. 3. in f. et infra § 704.

4) L. 23. pr. D. *de a. v. a. p.* (XLI, 2.) — L. 1. § 15. D. *si is, qui test. lib.* (XLVII, 4.) — *Savigny* Besitz § 28. init. — Caeter. vid. a) § 697. not. 3. — b) ibid. not. 8. — Cf. et *Guntheri* princ. jur. rom. nov. § 839. in f.

5) Cf. not. seq. et L. 63. § 10. D. *ad SCt. Trebell.* (XXXVI, 1.) (cf. § 638. not. 3.).

6) § 5. I. *de obl., quae qu. ex contr. nasc.* — L. 5. § 2. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)

7) Nov. 48. pr.

patrimonii, et ipsius heredis, et ejus, in quod succeditur, licet nonnumquam ad tempus duntaxat (cf. not. seqq.). Quae quidem commixtio hanc habet vim: 1) ut jura existinguantur, quae alter habet in re alterius [8]; itemque 2) obligationes, quas alter alteri debet [9]; tum 3) creditores hereditarii fidem sequi necesse habeant heredis [10], isque aeri alieno obligetur, etiamsi solvendo non sit hereditas, scil. pro parte hereditaria [11]; praeterea 4) quae de rebus ad heredem pertinentibus suo arbitrio statuit testator, ea heres, tamquam si ab ipso acta essent, agnoscere teneatur atque implere [12]; denique 5) ut, qui heres est heredi, etiam ei, cui prior ille successit, heres exstitisse videatur [13], nec alteram hereditatem ab altera separare possit [14].

§ 699. B) *Acquisitae hereditatis periculum atque incommoda quomodo depellantur* 1) *ab heredibus*, a) *generatim disseritur.*

Et pacto fieri potest, ut a susceptae hereditatis onere heres levetur, et lege. Pacto autem inter creditores et heredem inito aut id efficitur, ut ne ultra hereditatis vires teneatur heres, quod quidem tacite inesse videtur mandato de adeunda hereditate [1]), aut aeris alieni pars quaedam remittitur heredi; idque, cum ante aditam hereditatem initur, hoc habet singulare, quod consentiendi necessitate nonnullos obstringat creditorum [2]). Et legis quidem beneficio alii sublevantur heredes singulari quorumdam jure, alii communi omnium jure. Atque in priore genere sunt eum abstinendi beneficium, suorum heredum causa introductum, de quo satis supra diximus (§ 693.), tum vero in integrum restitutio, quae adversus hereditatis aditionem, vel immixtionem, temere factam et vi metuque coactis concessa est [3]), et minoribus [4]), cui quidem simile est militum privilegium [5]); denique honorum separatio necessariis heredibus tribui solita [6]). Omnino vero omnibus uti licebit heredibus et deliberandi jure (§ 695.), et inventarii beneficio, de quo quidem mox videbimus.

§ 700. b) *Singulatim de inventarii commodis* (*).

Inventarii commoda haec sunt: 1) heres per omne illud tempus, quo operam

8) Cf. a) § 293. not. 1. nr. b. et add. L. 73. § 1. D. *ad SCt. Treb.*—b) § 316. nr. 4.— Cf. L. 59. pr. D. *ad SCt. Treb.* (§ 304. not. 2.).

9) L. 75. L. 95. § 2. D. *de solut.* (XLVI, 3.) — L. 4. C. *de revoc. his, quae in fraud. cred.* (VII, 75.)—Cf. et L. 1. § 18. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV, 2.)—L. 2. § 18. D. *de h. v. a. v.* (XVIII, 4.) —L. 80. D. *ad SCt. Treb.*—L. 3. pr. D. *de separat.* (XLII, 6.)—Cf. § 700. nr. 5.

10) L. 3. D. *fam. erc.* (X, 2.) (cf. § 701.).

11) L. 8. pr. D. *h. t.* — L. 2. in f. D. *de stip. praet.* (XLVI, 5.) — Cf. a) L. 2. § 2. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — b) L. 31. pr. D. *de reb. auct. jud. poss.* (XLII, 5.) — Vid. et L. 7. § 5. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — *Cujac.* obs. XVIII, 39.—c) Nov. 115. c. 5. § 1. (cf. *Marezoll* in *Grolmani* et *Loehrii* Magazin IV. p. 212 sqq. nr. 8.).—Vid. et § seq.

12) a) L. 1. § 2. L. 3. in f. D. *de exc. rei vend. et trad.* (XXI, 3.) — L. 3. C. *de reb. al. n. al.* (IV, 51.) (cf. § 270. not. 2.). — b) § 303. not. 11.

13) L. 194. D. *de reg. jur.* — L. 7. § 2. D. *h. t.* —L. 65. L. 70. D. *de V. S.*—*Glück* Pand. XXXV. p. 78 sqq. (cf. § 705.).

14) L. 7. § 2. in f. D. *h. t.*—L. 10. § 2. D. *de V. et P. S.* (XXVIII, 6.) — Cf. L. 3. C. *unde liberi.* (VI, 14.)—*Loehr* Magazin III. p. 247 sqq.

§ 699.

1) L. 4. pr. D. *de doli mali except.* (XLIV, 4.)— Quaenam sit vis mandati de adeunda hereditate heredi ab extraneis facti, vid. L. 32. D. *mand.* (XVII, 8.)

2) L. 7. D. § 17. 19. L. 8. 9. 10. pr. D. *de pactis.* (II. 14.)—Cf. § 172.

3) L. 21. § 5. D. *quod met. causa.* (IV, 2.) — L. 85. D. *h. t.* (cf. supra § 691. not. 6.).

4) L. 7. § 5. D. *de minor.* (IV, 4.)— § 5. I. *h. t.* —L. 1. 2. C. *si min. ab her. se abstin.* (II, 39.)— Nov. 119. c. 6.

5) L. 22. pr. et § 15. C. *h. t.* (VI, 30.)

6) L. 1. § 18. D. *de separat.* (XLII, 6.)— Simile est jus eorum, qui coacti sunt, adire hereditatem eandemque restituere. L. 1. § 6. D. *de separat.*

§ 700.

(*) L. 22. § 2 sqq. C. *h. t.* et supra § 695. not. 12. et 15. — *J. G. Hertii* D. de effectib. non confecti invent. (opusc., 3. p. 161 sqq.).

dat inventario conscribendo, minime debet inquietari a creditoribus legatariisve [1]); 2) non nisi in tantum tenetur creditoribus, quanti est hereditas [2]), scil. ante etiam deducendis, quae aut in funus impensa sunt testatoris, aut in testamenti insinuationem [3]), aut in inventarii confectionem (not. seq.). Neque 3) eae, quas ipse habet adversus defunctum, actiones confunduntur, sed similiter ut reliquorum creditorum, suo quaeque loco, colloeandae sunt [4]). Potest praeterea 4) ut quisque, vel ex creditorum vel ex legatariorum numero, primus eum convenerit, ita illi satisfacere, nulla quidem nec discriminis nec praerogativae inter ipsos ratione habita, sic tamen, ut licentia sit creditoribus, qui habent potentius jus, repetendi a posterioribus creditoribus legatariisve pecuniam vel res ex hereditate his ipsis datas [5]). Quo tamen jure non utimur, non magis quam eo, quo 5) vendendo res hereditarias liberat a pignoris nexu heres, qui inventarium conscribi curat [6]). Neque vero praetereundum est 6) quod non nisi inventario conficiendo heres quartam legatariis fideivecommissariis deducendi jus sibi conservat [7]). Caeterum, sive solemni forma celebratum est inventarium (§ 695. not. 11.) sive a testatore facta atque jurejurando confirmata designatio [8]), utique licet creditoribus vel legatariis, omnia perscrutari et majorem esse bonorum substantiam probare, poena praeterea dupli injungenda heredibus, qui ex hereditate aliquid vel surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint [9]).

§ 701. 2) *De iis, quae vel maxime in creditorum hereditariorum commodum constituta sunt; s. de jure separationis* (*).

Cum solvendo non est heres, creditores hereditarii separationem solent impetrare hereditatis, unde ipsis prae heredis creditoribus satisfiat; vocatur etiam indemnitatis remedium [1]). Quod quidem jus his continetur legibus: 1) Omnino omnes, quibus ex quacunque causa a defuncto aliquid debetur, ipsi etiam heredes, si quidem solvendo non sunt coheredes [2]), jus habent petendi separationem [3]). Quid? quod legatarii quoque, aliique „quos honoravit defunctus, tamquam creditores [4]) petunt bonorum separationem, eatenus quidem, ut post eos, qui proprie creditorum numero habentur, quae ipsis relicta sunt, consequantur [5]). Contra vero heredis creditoribus bonorum separatio non fere solet

1) L. ult. § 11. C. *h. t.*

2) L. ult. § 4. *eod.*

3) Cf. L. 23. C. *de testam.* (VI, 23.) et supra § 655.

4) L. ult. § 9. C. *h. t.*

5) L. ult. § 4—7. *eod.*

6) L. ult. § 5. et 8. C. *h. t.*

7) L. ult. § 4. et 14. *eod.* — Nov. 1. c. 2. (cf. et § seq. not. 5.).

8) Etenim non dubitandum, quin heres, referendo sese ad testatoris designationem, item fruatur inventarii beneficio, quippe qui, cum talem agnoscere recusat bonorum descriptionem, amittat jus heredis. Nov. 48. c. 1. § 1. — Caeterum sunt, qui (jus Saxonicum secuti) dicant, juratam heredum specificationem non solum instar obtinere inventarii legitime confecti, verum etiam loco esse plenissimae probationis adversus creditores hereditarios.—Cf. *Leyser* med. ad Pand. sp. 365.

9) L. ult. C. § 10. *h. t.* — Cf. Nov. 48. c.1. § 1.

§ 701.

(*) Dig. (XLII, 6.) *de separationibus.* — Cf. § 175.

1) L. 2. C. *de bon. auct. jud. poss.* (VII, 72.)

2) L. 7. C. *eod.*

3) Cf. L. 4. pr. D. *h. t.*—Sunt vero, qui non nisi ad chirographarios creditores hoc jus pertinere censeant. Contra quos vid. *Dabelow* Concurs. p. 332 sq.

4) L. 40. D. *de O. et A.* (XLIV. 7.) « Hereditariarum actionum loco habentur et legata, *quamvis ab herede coeperint* »(h. e. quamvis legatarii heredis sunt creditores, non defuncti.).—Cf. not. seq. in f.

5) L. 6. pr. D. *h. t.*— Jam vero legatarii defuncti quidem creditoribus utique cedere coguntur. (L. 17. D. *de mort. c. donat.* (XXXIX, 6.)—L. 4. § 1. L. 6. pr. in f. D. *h. t.*—L. 22. § 5. in f. C. *de jure delib.* VI, 30.), heredis creditores separatione im-

indulgeri [6]). 2) Datur separatio cum adversus heredem, eosve, qui huic exstiterunt heredes, tum vero adversus eos, qui creditorum jure res hereditarias ab herede possident [7]). 3) Creditores, qui bonorum separationem impetraverunt, plerumque non poterunt reverti ad heredem, nisi si vel errore, qui excusationem mereatur, lapsi separationem petierunt, vel is est creditor, qui ex peculiari obligationis causa, quod defunctus debebat, etiam ab herede petere potest, vel dimissis heredis creditoribus superest aliquid ex propriis heredis bonis [8]). Ac similiter heredis creditores, si quid superest ex hereditate, postquam satisfactum fuerit hereditariis creditoribus, id sibi sumant [9]). 4) Cessat separationis petendae jus a) post quinquennium ab adita hereditate computandum [10]); b) eo, quod heredis fidem secuti sunt creditores [11]); c) divenditis bona fide ab herede rebus hereditariis [12]); vel etiam d) ita conjunctis atque unitis cum ipsius heredis patrimonio, ut separatio fieri prorsus nequeat [13]).

§ 702. II. *De singulis heredum juribus, quae quidem accuratius pertractanda sunt.* A) *Transmissio juris acquirendi ad heredes* (*).

Ex iis, quae de patrimoniorum confusione supra (§ 698. nr. III.) diximus, sua sponte consequitur acquisitae hereditatis translatio ad heredes heredis (ib. nr. 5.). Quam in rem proponere solent regulam hanc: hereditatem non acquisitam non transmitti ad heredis heredes [1]). Cujus quidem regulae multae sunt exceptiones, quarum tamen in numero ea non est habenda, quam transmissionem ex jure suitatis vocant [2]). Fit igitur hereditatis nondum acquisitae transmissio, qua quidem jus *delatam* hereditatem adeundi [3]) transfertur ad heredes, his ex causis: 1) cum aut

petrata excludere possunt. Igitur si testator solvendo non est, *omnimodo inutilia* sunt legata (L. 17. D. *de mort. c. don.*), quare nec cum heredis creditoribus concurrunt legatarii. Quodsi heres non est solvendo, nec quisquam petit separationem, etiam heredis creditores legatariis esse potiores, dicere conveniens est, quoniam confusione testatoris quoque creditores facti esse videntur. Sin a *solis legatariis* bonorum separatio impetratur, hi accipiunt, quod reliquum est deducto aere alieno, quod contraxit defunctus; caetera bona defuncti creditores, qui quidem haud petierunt separationem, cum heredis creditoribus communicare necesse habent, hoc pacto, ut, qui potiores habendi sint aliis, iis ex regulis aestimandum sit, quae de concursu inter se creditorum traditae sunt. — Aliter hanc rem, multisque adhibitis distinctionibus, explicare tentat *Fritz* Archiv f. civ. Praxis XII. Nr. XII. p. 226 sqq.

6) Cf. L. 1. § 2. 5. 6. in f. D. *h. t.*

7) L. 1. § 3. et 8. D. *h. t.*— Cf. et § 4. *eod.*

8) L. 1. § 17. L. 3. D. *h. t.*— Cf. L. 5. *eod.*

9) L. 1. § 17. D. *h. t.*

10) L. 1. § 13. D. *h. t.*

11) L. 1. § 10. 11. D. *h. t.*— Cf. et § 15. *eod.* — *Dabelow* Concurs p. 328—330.

12) L. 2. D. *h. t.*

13) L. 1. § 12. *eod.*

§ 702.

(*) *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. Nr. III. p. 54 sqq.—*de Buchholtz* jur. Abh. nr. II.

1) Cf. L. 7. C. *h. t.* (VI, 30.).— L. un. § 5. et 13. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) — L. 4. C. *qui adm. ad B. P.* (VI, 9.)—L. 3. § 7. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.) —§ 2. I. *quib. mod. test. infirm.*

2) Propter L. 3. C. *h. t.* et L. 1. § 8. D. *de coll. bon.* (XXXVII, 6.) Sed vid. § 693.—At vero id quidem singulare videatur, suum heredem, qui quidem prius, quam sciat, se necessarium heredem patri exstitisse, moriatur, etiam abstinendi jus ad suos heredes transmittere. L. 7. § 1. D. *h. t.* (XXIX, 2.). — Cf. *Marezoll* l. l. nr. III. § 2 — 4. (p. 83 sqq.). et *de Buchholtz* l. l. p. 66 sqq. Nr. XII.)

3) *de Buchholtz* l. l. p. 27—31. — Hereditatis enim nondum delatae nulla est transmissio. Nam cum ipsa regula sit de hereditate nondum adita non transmittenda, conveniens est, ut, quae de hereditatibus non acquisitis, tamen transmittendis, generali sermone praecipiuntur, ea ad ipsius regulae vim atque ambitum referamus (cf. not. 10.). At vero *Jo. Aug. Hellfeldus*, falsam de jure repraesentationis notionem (§ 631. not. 5.) hunc in locum inferens, multas novit hereditatis non delatae transmissiones, opusc. nr. XVIII. § 10 sqq. — Nec nobiscum consentit *Marezoll* (l. l. p. 55 sqq.), qui quidem, quod ad Theodosianam attinet transmissionem, cum *Hugone Loehrio*que facit (cf. not. 10.), tum vero ex eo genere quaedam, quae impedimento sunt, quo minus pure hereditas acquiri possit, in juris omnino nondum delati causis habenda esse sibi persuadet; (l. l. p. 62 sqq.) — [Sunt etiam, qui, *transmissionis* notionem strictissime interpretati, hereditatem, quam heres de-

civili aliqua ratione impeditur, quo minus hereditatem adire heres possit [4]), aut justa et probabilis absentiae causa impedimento erat hereditati acquirendae [5]); vocant *transmissionem ex capite in integrum restitutionis* [6]); 2) cum partem hereditatis, quae pure ei delata erat, heres acquisivit; quo facto, alia quoque pars, ex qua sub conditione institutus est, post mortem ejus existente conditione, item pertinet ad ipsius heredes [7]); 3) hereditatem infanti delatam necdum acquisitam, herede intra infantiae aetatem mortuo, patri ejus etiam capere licebit [8]), cui quidem *transmissionis nomen ex infantiae causa* s. *ex jure patrio* tribui solet. Ac similiter 4) liberi hereditates, quae ipsorum parentibus ascendentium testamentis delatae sunt, licet ante apertas tabulas mortui sint parentes, sibi vindicandi jus habent [9]); vocant *Theodosianam transmissionem* [10]). Denique commemoranda est 5) *Justinianea* transmissio, ut quidem vocatur; cujus haec est vis, ut, quod superest heredibus spatii ad deliberandum dati, id ad quodvis transmittatur ipsorum heredes [11]). Caeterum substitutionibus minime excludi transmissiones verius est, si quidem exstinctum dici nequeat jus, quod ad heredes transmittatur, nec vero ante hereditas deferatur ad substitutum, quam prorsus e medio sublatum sit jus instituti (cf. supra § 669. in f.).

§ 703. B) *Hereditatis venditio* (*).

Hereditatis vel tamquam spei venditio fit, vel ut rei certae. Quodsi illud est, res erit tota e communibus de emtione venditione regulis aestimanda [1]). Sin vero hoc, primum omnium tenendum est: ejus, qui adhuc in vivis sit, nullam esse hereditatis venditionem [2]). Cum autem hereditatem aliquis tamquam ad se dela-

latam esse ignoraverit, transmitti non posse, contendant. Vid. *Buchholtz* l. l. p. 86 sqq. At vulgaris sententia solidis rationibus defendi potest. — Vid. v. c. L. 86. pr. D. *h. t.*—E. G.]

4) L. 4. in f. L. 5. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — L. 84. D. *h. t.* vers.: *Ergo si ventre pleno sit* rel. cf. § 693. not. 5.). — L. 42. § 3. D. *de bonis libertor.* (XXXVIII, 1.) — L. 12. D. *de Carb. ed.* (XXXVII, 10.) — L. 3. § 29—32. L. 4. D. *de SCto Silan.* (XXIX, 5.) — Atque aliter quidem hos locos explicat *Averanius* interpret. IV, 4.—Cf. *de Buchholtz* l. l. p. 36 sqq. (Nr. IV.)

5) L. 30. pr. L. 86. pr. D. *h. t.* — Caet. vid. *Buchholtz* l. l. p. 34 sq. (Nr. II.) et p. 44 sqq. (Nr. VII.)

6) Caeterum vid. *Marezoll* l. l. p. 62 sqq. (Nr. III.), qui accuratius, quam fieri solet, hanc rem prosecutus est, et *Buchholtz* p. 34 sqq. Nr. II. V. VI. VII. VIII.

7) L. 53 pr. D. *h. t.*—Caet. vid. *Buchholtz* l. l. p. 33 sqq. (Nr. III.).

8) L. 18. § 2. C. *h. t.*— Caeterum vid. *Marezoll* l. l. p. 59 sq. (Nr. III.). et *de Buchholtz* p. 69 sqq. (Nr. XIII.)

9) L. un. C. *de his, qui ante apert. tab. her. transm.* (VI, 52.)

10) Cf. *F. A. Niemeyer* de transmissione Theodosiana (Hal. 1812.) P. sp. 17 sqq.—Quam quidem multi etiam ad hereditatem ab intestato delatam trahunt. Vid. scriptt., quos nominat *Glück* Int. Erbf. (ed. 2.) p. 96 sqq.—Atque alii sunt, qui hanc transmissionis causam etiam de hereditatibus nondum delatis intelligendam esse censeant, eo vel maxime moti, quod Theodosii II. aetate apertarum tabb. tempus idem fuerit cum delatae hereditatis tempore. (*de Loehr* Archiv f. civ. Pr. T. II. p. 192 sqq.—Cf. ibid. T. V. p. 385 sqq. — *Hugo* Rechtsgesch. (XI.) p. 994. et 17 sqq.— *de Buchholtz* l. l. p. 71 sqq. (Nr. XIV.). Contra quos vid. *Niemeyer* l. l. § 24. — *Loebenstern* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. IX. Diss. VII. Nr. 1., tum vero quae ipsi praecepimus not. 3., denique regulam illam, quam de antiquiorum legum in novis rerum argumentis usu suo loco (§ 66. not. 9. et § 67.) tradidimus.

11) Quod jus, ut omnino locum habeat, mihi videtur esse necessarium, ut non ignarus fuerit heres, delatam sibi esse hereditatem (vid. *Glück* Int. Erbf. p. 91. not. 96.—Caet. cf. L. ult. C. *h. t.* (vid. § 695. not. 10. et 16.) — Caeterum in alia omnia discedunt plerique interpretum, inter se quidem minime consentientes. — Cf. *Thibaut* Vers. II. p. 199 sqq. (ed. 1.).— *Hoepfner* et *Weber* Comment. § 548. not. 5.—*Schoeman* Handb. II. nr. 12. — *Glück* l. l. p. 95 sqq. — *Buchholtz* l. l. p. 78 sqq. (Nr. XV.)

§ 703.

(*) Dig. (XVIII, 4.) et Cod. (IV, 39.) *de hereditate vel actione vendita.* — *C. A. van Brakel* D. de hereditate vendita. Lugd. Bat. 1752.—*J. M. G. Beseke* de alienat. hereditatis *rel.* Hal. 1774. 8.

1) Cf. L. 10. 11. 12. et 13. D. *h. t.* (vid. § 392. nr. 1.).

2) L. 1. L. 7. D. *h. t.*—Cf. L. 3. § 2. D. *pro soc.* (XVII, 2.)

tam vendidit, quae aut nulla est, aut non pertinet ad venditorem, item, quemadmodum in aliarum rerum venditionibus, indemnem praestare emtorem necesse habet [3]). Ejus autem, quae ab herede fit, venditionis propria sunt nonnulla, nec ex communi emtionis jure dijudicanda; quae, cum ex acquisita hereditate vires maxime accipiant [4]), hoc in loco tractari convenit. Igitur I) ad emtorem pertinet honorum omnium universitas, quae in hereditate fuerunt venditionis tempore, hoc pacto, ut neque amplius neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum sit, qui etiam, nisi aliud actum esse appareat, restituere necesse habet, quod ex ipsa hereditate ad eum pervenit, vel quandoque pervenerit [5]), vel quo minus perveniret dolo ipsius factum est, praeterquam quod, testatoris hereditate simpliciter vendita, impuberis patrimonium venditor, ex pupillari substitutione ei delatum, sibi plerumque potest retinere, utpote quae alia est hereditas, atque patris [6]). Heres itaque et res hereditarias tradere debet emtori, et actiones ei mandare [7]); quod ni faciat, tamen emtor utiles habebit actiones [8]), nec singulares solum, verum etiam hereditatis petitionem, scil. *tamquam ex jure cesso* [9]). Singularum autem rerum evictarum nomine nihil quicquam praestare heres tenetur emtori [10]), non magis quam deperditarum, vel alio modo sine heredis dolo diminutarum de bonis [11]), sic tamen, ut et pretia rerum ante venditionem hereditatis vel distractarum vel donatarum reddat emtori, et actiones, si quas istarum rerum nomine habet, eidem praestet [12]). Neque vero lucrum restituere necesse habet, si quod ipsi *occasione hereditatis* contigit, nisi quatenus illud in ipsarum locum cedat hereditariarum rerum, quarum quidem restitutio facienda est a venditore [13]). II) Venditor autem heres nihilominus manet [14]), quamobrem et creditorem actiones excipere, tum etiam legata solvere, vel fideicommissa, cogi potest [15]). Quoniam vero non solum lucrum ad emtorem pertinet hereditatis, sed et damnum incommodumque [16]), idcirco emtor etiam obligatur venditori, ut, quod huic absit propter hereditatem, id ei restituat [17]), velut si quas impensas fecit venditor aut in funus defuncti, aut

3) L. 8. 9. et 13. D. *h. t.*

4) Sunt quidem, qui, hereditatis delatae tantum necdum acquisitae venditione, personam tribui heredis emtori dicant, sibique suo nomine hereditatem adeundi, velut *Beseke* l. l. c. VII. p. 119 sqq. Cui cum complura alia refragantur, tum vero maxime illud, quod venditionem et rerum hereditariarum dominum manere, et creditoribus respondere cogi, universim praecipitur (not. 12 sqq.), quod quidem, nisi ab ipso acquisita sit hereditas, fieri nullo modo poterit. — Vid. et *Gaji* instit. II. § 35. 36. et *Auctoris* Cession p. 51—53.

5) L. 2. pr. § 1. 4. et 5. D. *h. t.*—Cf. L. 2. § 12—14. L. 25. *eod.* — Atque hinc recte cum *Noodtio* statui posse mihi quidem videtur: portionem a coherede non acquisitam, licet ea ipsi accrescat heredi, tamen emtori esse hereditatis restituendam (Comment. ad Pand. h. t. opp. T. II. p. 316 sqq). Aliorum sententias vid. ap. *Gluck* Pand. XVI. p. 341—366.; add. *Brokel* l. l. p. 20 sqq. — Cf. et *Jul. Rubo* de jure accrescendi hereditate vendita. Hal. 1817.

6) L. 2. § 2. D. *h. t.*

7) L. 14. § 1. L. 2. § 5. et 8. D. *h. t.*— Cf. L. 4. C. *eod.*

8) L. 5. C. *h. t.* — L. 16. pr. D. *de pact.* (II, 14.)

9) Namque proprio et velut heredis jure hereditatis petitio non potest pertinere ad emtorem, nisi si a fisco emit hereditatem; L. 54. pr. D. *de H. P.* (V, 3.)—Cf. § 612. not. 3. et *Hasse* Archiv f. civ. Praxis V. p. 37 sq.

10) L. 1. C. *de eviet.* (VIII, 45.)—L. 2. pr. D. *h. t.*

11) L. 2. § 5. in f. et § 7. in f. L. 3. D. *h. t.*

12) L. 2. § 3. et 10. in f. D. *h. t.* — Quodsi post venditionem hereditatis, necdum rebus traditis, distrahit venditor res ex hereditate, dominium quidem rerum transfert, at hereditatis emtori id, quanti ejus interest, rem non esse detractam hereditati, praestare necesse habet. L. 6. C. *h. t.* — L. 21. D. *eod.* — Cf. *Hasse* Culpa p. 405 sqq. — *Glück* Pand. XVI. p. 332 sqq. (cf. not. seq.).

13) L. 2. § 3. D. *h. t.* («— quod non debitum exegerit, retinere heredem»).—L. 21. D. *h. t.* (*Auctoris* Cession p. 429 sqq. Nr. 2. et 5.)

14) Arg. L. 8. in f. D. *de hered. inst.* (XXVIII, 5.)—L. 6. C. *h. t.* et not. seq.—Excipitur fiscus hereditatem vendens. L. 54. pr. *de her. pet.*—L. 41. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.)—L. 1. C. *h. t.*

15) L. 2. C. *h. t.* — L. 2. C. *de leg.* (VI, 37.) — Cf. not. 19. — Caeterum vid. L. 2. C. *de pact.* (II, 3.)

16) L. 2. § 9. D. *h. t.*

17) Vid. not. 18—20. — Cf. L. 2. § 20. D. *h. t.*

ipsius hereditatis rerumve hereditariarum causa [18]), tum si quid legatariis vel creditoribus praestiterit, ita quidem, si omnino actio cum herede ideo, quod heres esset, propter eam rem esse poterat [19]), denique eorum nomine, quae confusione exstinctae sunt heredis sive actiones sive servitutes [20]). Praeterea III) inter emtorem venditoremque stipulationes s. cautiones hereditatis emtae et venditae interponi solitae sunt, hae quidem, quibus etiam in fideicommissaria hereditate restituenda usi olim Romani sunt [21]). Caeterum non est, quod dubitemus, quin ea, quae de vendita hereditate modo dicta sunt, quoad id omnino fieri poterit, etiam ad alias referenda sint causas, quibus ab alio ad alium inter vivos transferatur hereditas.

§ 704. C) *De actionibus hereditarii juris persequendi tuendique causa comparatis. Loci adumbratio.*

Heredum causa et in rem actiones petitoriae comparatae sunt (§ 705—709.), et eae, quae adipiscendae possessioni inserviunt (§ 710.), et mixtae, i. e. quae in rem pariter sunt et in personam (§ 183. not. 11.). Et de his quidem eo in articulo videbimus, qui est de coheredum jure (§ 718.). Itemque earum, quae ad prius referendae sunt genus actionum, has quidem, quae ad impugnanda defunctorum testamenta spectant, in commodiorum locum differemus (Vid. § 769 — 776.). Superest igitur, ut de reliquis videamus.

§ 705. a) *Hereditatis petitio* (*). α) *Ejus et notio et species.*

Hereditatis petitio est in rem actio [1]), qua hereditatem vel partem ejus suam esse actor intendit, eamque cum omni causa restituendam sibi ab eo petit, qui vel pro herede possidet, vel pro possessore (§ seq.). Est autem hereditatis petitionis duplex tamquam summum divisionis genus. Alterum, quod a causa velut legitima repetimus, unde tribuitur haec actio heredi, item duas continet species has: directam et utilem hereditatis petitionem. Atque in utilium numero sunt tum *possessoria hereditatis petitio*, i. e. quae bonorum possessori competit [2]), tum *fideicommissaria* [3]), cui quidem utrique *civilis* opponitur hereditatis petitio [4]); tum vero, si quae est, quam tamquam ex jure cesso leges alicui deferant (§ 703. not. 9.).

18) a) L. 2. § 17. D. *h. t.*—b) L. 2. § 11. et 16. *eod.*

19) L. 2. in f. C. *de legat.* — L. 2. C. *h. t.* — L. 2. § 7. D. *h. t.* « — — — et quod non debitum solverit, non reputare. — — — Si autem condemnatus praestiterit, hoc solum heredi sufficit, esse eum condemnatum sine dolo malo suo, etiamsi maxime creditor non fuerit is, cui condemnatus est heres. » (Cf. not. 11.)—L. 18. et 24. *eod.*

20) L. 2. § 18. 19. D. *h. t.* — L. 9. D. *comm. praed.* (VIII, 4.)

21) Cf. § 6. 1. *de fideic. hered.*— L. 50. § 1. D. *de V. O.* (XLV, 1.)—L. 97. D. *de V. S.* (L, 16.)— *Cujac.* obs. II, 30. et *Noodt* l. 1. p. m. 317. b.

§ 705.

(*) Dig. (V, 3.) et Cod. (III, 31.) *de hereditatis petitione.* — *C. F. Fabricius* in Rhein. Mus. IV. p. 165—211.— *de Buchholtz* jur. Abh. Nr. 1.

1) Vid. inprimis *Gaji* inst. IV. § 17. et L. 25. § 8. D. *h. t.* — *Duroi* Archiv f. civ. Praxis VI. p. 300 sqq. et supra § 139. Nr. II. 6. § 223. not. 20. —Quo vero sensu *mixta* haec actio dicatur a *Diocletiano* (L. 7. C. *h. t.*— Cf. L. 25. § 18. D. *eod.*), vid. *Loehr* Mag. IV. p. 24 sqq. — Cf. et ib. p. 19. — Cf. et *Noodt* ad Pand. V, 3. (opp. T. II. p. m. 142. a. et 144. b. — Caeterum in personam actionibus adscribendam esse hereditatis petitionem, *Rosshirtius* putat (Archiv f. civ. Pr. IX. p. 52 sq.), nullis aliis usus rationibus, nisi quod non solum corpora, verum etiam jura hac actione petantur. At cf. *Auctoris* obs. jur. rom. c. I. § 3.

2) Dig. (V, 5.) *de possessoria her. pet.*—Similis est huic, quae nostris moribus pactitio heredi concedi solet h. p.

3) Dig. (V, 6.) *de fideicommissaria h. p.*

4) L. 1. 2. D. *de poss. h. p.* — L. 2. D. *de fideic. h. p.*

Alterum est divisionis genus a materia, s. ab objecto, ut ajunt; namque aut heredem se esse ex asse actor intendit, aut pro parte tantum [5]), unde *partiaria hereditatis petitio* dicitur, scil. contrario opposito nomine universalis. Addunt etiam tertiam divisionem, qua *simplicem* hereditatis petitionem opponunt *qualificatae;* ita enim eam vocant, qua necessarii heredes iique non debito modo honorati utuntur [6]). Atque de hac non est, quod hoc quidem loco dicatur (cf. § 704.).

§ 706. β) *De personis et agentium et eorum, quibuscum agitur.*

Hereditatis petitione utitur, qui quovis jure heres factus est, sive civili sive praetorio jure, itemque sive pacto, sive testamento, sive lege[1]). Certatur autem ea actione non nisi cum eo, qui vel pro herede possidet vel pro possessore[2]); atque hinc est, quod titulum possessionis edere cogatur is, qui hereditatis petitione convenitur[3]). Et pro herede quidem is dicitur possidere, qui se ipsum esse heredem, vel certe pervenisse ad herede ad sese hereditatem affirmat[4]); pro possessore autem is, qui vel nullo titulo possidet, vel eo, quem leges improbant [5]). Reliqui igitur omnes, sive possessores sunt rerum hereditariarum, sive debitores, specialibus conveniendi sunt actionibus[6]). Caeterum hereditatis petitio et adversus eum locum habet, qui vel minimam ex hereditate rem vel pretium ex ea redactum possidet[7]), et adversus juris possessorem, i. e. qui vel actiones habet ad hereditatem pertinentes, quas restituat, vel debitor est hereditatis[8]); tum etiam adversus fictum possessorem, i. e. eum, qui aut liti sese obtulit, cum non possideret [9]), aut dolo desiit possidere [10]). Praeterea hic quoque, ut in rei singularis vindicatione, condemnatur, qui, quamvis initio litis nihil possederit, tamen postea coepit possidere [11]).

§ 707. γ) *De rebus, quae subjiciuntur hereditatis petitioni.*

Vel totam hereditatem heres petit, vel partem tantummodo; idque omnino aestimatur ex petitoris jure, non ex eo, quod possidet adversarius, hoc pacto, ut, qui ex asse heres est, totam hereditatem vindicet, licet unam tantum adver-

5) Dig. (V, 4.) *si pars hereditatis petatur.*
6) Cf. *Glück* Pand. T. VII. p. 360. et 489.

§ 706.

1) Cf. § 705. — Vid. et L. 8. D. *h. t.*
2) L. 9. D. *h. t.*
3) L. 11. C. *h. t.* — Cf. *Glück* Pand. VII. p. 519 sqq.
4) L. 11. pr. D. *h. t.*—L. 13. § 8—10. D. *h. t.*— Obs. a) Est electio penes heredem, utrum venditorem hereditatis, eumve, qui vel pretio accepto vel retenta aliqua hereditatis parte, restituit hereditatem, malit convenire, an vero eum, ad quem translata est hereditas. L. 13. § 4 — 7. L. 16. § 2. *eod.* — Cf. not. 7. et 8. a. — b) Potest et absentis nomine hereditas peti ab eo, qui velut procurator vel negotiorum gestor illam possidet. L. 13. § 12. *eod.*
5) L. 11. § 1. L. 12. L. 13. pr. et § 1. D. *h. t.*— Cf. L. 3. D. *expil. her.* (XLVII, 19.) et *Auctoris* obs. jur. rom. p. 6—8. —Cf. et *Thibaut* Archiv f. civ. Pr. VII. nr. XII.
6) a) L. 2. in f. L. 7. in f. C. *h. t.*— L. 4. C. *in quib. c. cess. l. t. pr.* (VII, 34.) — *Vinnius* sel. jur. qu. I, 23. — Nec contraria est L. 13. § 11. D. *h. t.* — Vid. *Cujac.* obs. IX, 25. et *Auctoris* obs. j. rom. p. 8. not. 25. — b) L. 42. D. *h. t.* (cf. not. 8. b.).
7) L. 4. D. *h. t.*—L. 9. in f. L. 10. pr. D. *h. t.*— L. 16. § 1. *eod.* — Cf. not. 4. a. et not. 8. a.
8) a) L. 16. § 4. 5. 7. L. 17. 18. L. 20. § 17. in f. L. 35. L. 40. § 2. D. *h. t.*—b) L. 13. § 15. L. 14. L. 15. L. 16. pr. et § 3. L. 36. § 2. D. *h. t.*—Cf. L. 42. *eod.*—*de Buchholtz* l. l. p. 4—6.
9) L. 13. § 13. L. 45. D. *h. t.* (cf. not. seq. in f.).
10) L. 13. § 14. L. 25. § 2 sqq. D. *h. t.* — Cf. L. 13. § 2. *eod.* (cf. § 273. nr. II. 2.). — Ibid. not. 14 sqq.
11) L. 18. § 1. D. *h. t.* (cf. § 273. not. 19.)

sarius possideat rem [1]). Cui etiam consequens est, ut, si plures adsunt coheredes, licet aequis ex partibus, itemque plures, qui aequales hereditatis partes possident, tamen unusquisque heredum cum quovis possessore separatim agere necesse habeat [2]). Quodsi vero coheres cum extraneo possidet, *nec plus ille sua parte habet*, is, qui non possidet, adversus extraneum solum experiri debet [3]); alioquin et adversus coheredem utetur heres hereditatis petitione [4]). Fieri etiam potest, ut incerta hereditatis pars vindicetur, scil. idoneis ex causis [5]). Caeterum hereditatis petitione continentur: 1) universae res hereditariae, et tota universitas et singulae res, sive corpora sunt sive jura [6]); quin etiam 2) eae, quae non sunt hereditariae, quarum tamen periculum spectat ad heredem, licet fortasse nulla defuncto actio data sit earum nomine [7]), praeterea 3) pretia rerum ex hereditate distractarum actionesve, si quas eo nomine habet possessor [8]), ac vicissim 4) quae hereditati comparatae sunt a possessore res, dummodo id vel necessitatis vel certe utilitatis causa postulet; scil. pretium restituturo herede, si non hereditaria pecunia facta est comparatio [9]). Denique 5) et causa rei hac actione petitur, i. e. cum quae accesserunt hereditariis rebus [10]), tum vero, quae praeterea possessor petitori praestare obligatus est. — De quibus jam separatim erit dicendum.

§ 708. *δ) Possessoris obligatio, tum de iis, quae vicissim praestanda sunt a petitore.*

Possessoris obligatio similiter aestimanda est, ut in rei singularis vindicatione, hoc pacto, ut tota hujusce obligationis et causa et vis in eo fere posita sit, utrum bonae sit fidei possessor, an malae fidei (§ 275. et ib. not. 1 — 3.), qui quidem hoc in loco *praedonis* nomine solet venire [1]). At vero et qui bona fide possidet hereditatem, ex quo eam a se peti certior legitimo modo factus est, malae fidei possessori aequiparatur, eatenus duntaxat, ut etiam desidiae ac negligentiae nomine obligetur [2]). Quodsi ab initio quidem justam se habere possidendi causam existimans res apprebendit, postea mala fide easdem coepit possidere, jam per omnia incipit praedonis loco haberi [3]). Jam vero 1) rerum deperditarum nomine praedo casum etiam praestare necesse habet, contra vero b. f. possessor ne

§ 707.

1) L. 1. § 1. D. *si pars hered. petat.* (L. 10. § 1. D. *h. t.*)—Cf. supra § 705. not. a.

2) L. 1. § 2. *eod.*

3) L. 1. § 3. *eod.*

4) L. 1. § 4. *eod.*—L. 7. et 8. *eod.*

5) L. 1. § 5. *eod.* (cf. § 690. not. 7.).

6) L. 18. § 2. D. *h. t.*— L. 7. § 5. D. *de exc. rei jud.* (XLIV, 2.)—L. 9. L. 10. *h. t.*—L. 6. § 4. *eod.* et ii. § 705. not. 8. b. excitt.

7) L. 19. pr. et § 2. D. *h. t.* « Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus *possessor* retentionem habuit, non etiam petitionem. » (Cf. *Auctor.* obs. jur. rom. p. 4. not. 7.) — L. 62. D. *de a. r. d.* (XLI, 1.) (cf. § 610. not. 5.).

8) L. 16. § 5. L. 20. § 6. 15. 17. *eod.* — L. 16. § 7. et L. 17. *eod.* — Est vero plerumque electio petitoris, utrum velit convenire, num eum, qui vel pretium habet vel actionem, an vero eum, qui habet rem, sic tamen, ut adversus hunc quidem, cum universitatem bonorum ab herede quaerere noluerit, non nisi speciali in rem actione experiundum sit.—Cf. L. 2. in f. C. *h. t.* — L. 25. § 17. D. *h. t.* — L. 16. in f. *eod.* — Nonnumquam tamen pretium accipere necesse habet heres; a) L. 5. pr. L. 20. § 2. et 12. L. 53. D. *h. t.* — b) Vid. § seq. not. 8.

9) L. 20. pr. et § 1. D. *h. t.*

10) L. 20. § 3. L. 25. § 20. L. 26. 27. 52. D. *h. t.* (cf. § seq. not. 13 sqq.).

§ 708.

1) Nam licet proprie is esset praedo, qui nullo juris titulo et velut colore invasisset hereditatem (L. 11. in f. L. 12. 13. pr. L. 13. § 8. L. 25. § 3. D. *h. t.*), tamen promiscue hoc uti solent vocabulo juris nostri auctores, scil. quo magis omnino omnium, qui mala fide hereditatem possident, commode sejungi possit obligatio, a justorum possessorum jure. Vid. v. c. L. 22. L. 25. § 7. L. 31. pr. § 1. 3. L. 38. D. *h. t.* — Cf. *Auctoris* j. r. p. 51 sqq.

2) L. 25. § 7. L. 31. § 3. D. *h. t.* — L. 45. in f. D. *de R. V.* (VI, 1.)—L. 2. in f. C. *de fr. et lit. exp.* (VII, 51.)—L. 20. § 11. D. *h. t.*

3) L. 25. § 5. D. *h. t.*

post litem quidem contestatam sustinet casus periculum, atque non nisi propter culpam condemnabitur, scil. postea contractum [4]); nam nec culpae rationem reddit ante petitam hereditatem admissae, quippe qui suam rem videatur neglexisse [5]). Atque illud ne praedoni quidem imputabitur, quod debitores non convenerit, licet eo factum sit, ut deperirent actiones aut inanes fierent: quoniam nullas ille habuit actiones [6]). 2) Quodsi res ex hereditate distraxit b. f. possessor, videlicet ante quam peteretur hereditas [7]), tum demum adversus emtorem vindicationi locus erit, si nullum is ad venditorem habet regressum; quod quidem secus est in rebus a praedone divenditis [8]). Nec a b. f. possessore pretii nomine amplius petitor consequetur, quam aut quantum locupletior ille factus est, aut actiones, quas eo nomine venditor habet [9]), cum praedo plerumque debeat aut ipsam restituere rem, si forte nolit heres vel non possit eam vindicare, aut tantum praestare, quantum in litem juraverit petitor [10]). Similiter 3) qui pecuniam hereditariam apud debitores collocavit, bonae quidem fidei possessor non nisi in id tenetur, ut nomina praestet petitori usurasque ei, si quas percepit, restituat, at praedo sortis etiam sustinere periculum necesse habet [11]); itemque 4) rebus legatis a b. f. possessore indebite solutis actiones tantum ad res repetendas praestandae sunt heredi, ad praedonam vero harum rerum periculum utique pertinebit [12]). 5) Lucrum a quovis hereditatis possessore similiter est restituendum [13]), dummodo vel ex ipsis rebus hereditariis vel propter eas perceptum sit [14]). 6) Fructus a praedone quidem restituendi sunt omnino omnes, a bonae autem fidei possessore non nisi vel exstantes, vel consumtorum pretium eatenus duntaxat, quatenus locupletior factus est possessor, tum etiam omnes, qui post litem contestatam percepti sunt commodeque percipi potuerunt [15]); nisi si necem testatoris inultam eam omisisse constiterit [16]). Idemque de civilibus dicendum est fructibus [17]), praeterquam de usuris non perceptis, quippe quae ne a praedone quidem praestandae sint [18]). — Contra vero sunt etiam, quae a petitore consequatur possessor, qui quidem 1) quidquid solvit creditoribus legatariisve id reputabit, ita scil., ut praedo etiam caveat petitori, se quandoque eum defensurum, cum b. f. possessor non nisi condictionem, si quam habet adversus accipientem, mandare heredi necesse habeat [19]). Praeterea 2) justus hereditatis possessor utique omnia, quae sibi debentur, illa quoque, quae natura tantum debita sunt, deducet ex

4) L. 40. pr. D. *h. t.*
5) L. 25. § 11. L. 31. § 3. D. *h. t.* — L. 25. § 15. 16. *eod.*
6) L. 31. § 4. D. *h. t.*
7) Nam vid. L. 20. § 16. D. *h. t.*
8) L. 25. § 17. D. *h. t.* (cf. § 707. not. 8.).
9) L. 20. § 17—19. L. 23. pr. L. 25. § 1. D. *h. t.* — Cf. L. 22. *eod.* (vid. not. 13. et *de Buchholtz* l. l. p. 10. 11.)
10) L. 20. § 21. D. *h. t.*—L. 20. § 12. L. 33. § 1. L. 36. § 3. *eod.*
11) L. 30. D. *h. t.*
12) L. 3. D. *de cond. ind.* (cf. not. 19.).
13) L. 28. D. *h. t.*—L. 23. § 1. L. 25. pr. D. *h. t.* (cf. L. 36. § 4. *eod.*).—L. 31. § 5. *eod.*
14) L. 20. § 18. in f. L. 24. D. *h. t.*
15) § 2. I. *de offic. jud.* — L. 25. § 4. L. 40. § 1. D. *h. t.*— L. 1. § 1. L. 2. C. *h. t.* — L. 2. C. *de fr. et lit. exp.* (VII, 51.) — L. 56. D. *h. t.*— L. 27. pr. D. *eod.* (cf. § 228. nr. 1.).
16) L. 1. C. *de his, quib. ut indign.* (VI, 85.)
17) L. 29. D. *h. t.*— L. 27. § 1. L. 52. *eod.*
18) L. 20. § 14. D. *h. t.*—L. 62. pr. D. *de R. V.* (VI, 1.) (cf. not. 6.). — De usuris fructuum ante petitam hereditatem perceptorum, tum pecuniarum ad hereditatem pertinentium nomine a possessore praestandis vid. L. 51. § 1. D. L. 1. § 1. C. *h. t.* — L. 15. D. *de usur.* (XXII, 1.)— L. 18. pr. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV, 9.)
19) L. 5. C. *h. t.*—L. 31. pr. D. *eod.* (Caeter. vid. L. 20. § 18. in f. *eod.*)— L. 17. *eod.* et L. 2—5. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. ult. in f. D. *de negot. gest.* (III, 5.) — Cf. et L. 43. 44. *eod.* — Omnino vero: *G. A. Munke* de actionibus exceptionibusque possessori petitorive hereditatis ratione eorum, quae ipsi creditoribus hereditariis legatariisque solverunt, competentibus. Heid. 1833.

hereditate, praedo vero non nisi ea, quae petitori expediat dissolvi [20]). Item 3) onera obligationesve, quas rerum hereditariarum causa possessor subiit, petitor suscipere tenetur [21]). Denique 4) quod ad impensarum attinet restitutionem, has quidem, quae fructuum vel quaerendorum, vel cogendorum, vel conservandorum causa factae sunt, catenus refundere petitor necesse habet, quatenus in restitutionem venient fructus, et praeterea etiam b. f. possessori eas, quas frustra ille erogavit in fructuum perceptionem conscrvationemve [22]). Eorum vero, quae in ipsas res hereditarias sunt impensa, restitutio ex iis fere regulis aestimanda erit, quae hac de re universim a nobis supra sunt tradita (§ 232. not. 5—9.), praeterquam quod praedoni quoque utiles expensae resarciendae sunt, scilicet si etiam exstant res, quae inde meliores factae sunt [23]). Atque impensarum nomine retentionem tantum possessor habet, non actionem [24]); quodsi vero aut heredis aut ipsius hereditatis gessisse negotia videatur, etiam actio illi ad sumtus repetendos conceditur [25]).

§ 709. ε) *Ipsius controversiae ratio.*

Hereditatis petitor non nisi id: ad se pertinere hereditatem, probare necesse habet, cum is, qui specialibus utitur actionibus, vel de suo ipsius dominio, vel de adversarii obligatione, judici debeat fidem facere [1]). Possessor vero his vel maxime utetur defensionibus: primum ad se ipsum potius pertinere hereditatem [2]), deinde res esse deperditas vel deminutas, nec culpam eo nomine a se praestandam (Vid. § praeced. not. 2—6.), tum praescriptione adversus eum exstinctam esse actionem, quae quidem triginta annorum spatio finietur [3]), denique doli exceptione, scil. eorum causa, quae vicissim ipsi praestanda sunt a petitore; quae quidem, licet non opponatur, tamen officio judicis continebitur, propterea quod bonae fidei judiciis adnumeretur hereditatis petitio [4]). Et olim quidem, dum lis erat inter petitorem et possessorem, specialis adversus possessorem actio non fere poterat moveri, scil. ne praejudicium fieret hereditatis petitioni [5]); quod quidem jus postea mutatum est a Justiniano [6]).

§ 710. b) *Adipiscendae possessionis interdicta.*

Duo sunt juris hereditarii persequendi causa adipiscendae possessionis interdicta heredibus comparata [1]). Alterum est *quorum bonorum interdictum* [2]), bonorum

20) L. 31. § 1. et 2. D. *h. t.* — L. 4. C. *eod.* (cf. not. 25.).—L. 25. § 12. *eod.*

21) L. 20. § 20. L. 40. § 3. D. *h. t.* — Cf. L. 25. § 14. *eod.*

22) L. 36. § 5. L. 37. D. *h. t.*

23) L. 38. 39. *eod.*

24) L. 33. in f. D. *de cond. ind.* (§ 276. not. 9.).

25) Vid. L. ult. in f. D. *de neg. gest.*—L. 50. § 1. D. *h. t.*—L. 14. § 11. L. 32. pr. D. *de relig.* (XI, 7.)—L. ult. § 1. C. *h. t.*

§ 709.

1) Cf. a) § 186. et § 654.— b) L. 2. in f. L. 7. in f. L. 11. C. *h. t.*

2) Cf. L. 57. D. *h. t.*

3) L. 7. C. *h. t.*—L. 3. C. *de praescr. 30 vel 40 annor.* (VII, 39.) (cf. § 695. not. 3.). — Vid. et *Unterholzner* auf. Verj. Lehre T. II. § 167. p. 55 sqq.—*de Buchholtz* l. l. p. 23.—De tempore, quo inoff. test. quer. praescribitur vid. infra § 773. et *Munke* Diss. cit. (§ 708. not. 19.) cap. 3.

4) L. 38. D. *h. t.*— L. 12. § 3. C. *eod.* (cf. L. 39. § 1.).—L. ult. D. *eod.*

5) L. 5. § 2. L. 7. D. *h. t.* (cf. § 138. not. 6.).

6) L. ult. pr. § 1. et 2. C. *h. t.* — *Kaemmerer* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. VIII. p. 200 sqq.

§ 710.

1) Sunt quidem et alia heredum causa proposita interdicta, scil. *de tabulis exhibendis* (§ 654.) et *quod legatorum* (§ 748.); quorum tamen utrum-

possessorum gratia introductum (§ 619. not. 1.), ac postea etiam ad heredes translatum [3]; idque adversus eum locum habet, qui vel pro herede possidet, vel pro possessore, vel dolo fecit, quo minus possideret [4], scil. corporales res [5]. Alterum est, quod *remedium ex. L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo* vulgo vocant. Nam scriptus heres, qui profert testamentum, cujus nullum apparet vitium ejusmodi, quod quidem in oculos incurrat, in bona mittitur defuncti, donec legitimis probationibus adversarius suam esse hereditatem evicerit [6].

§ 711. D) *De juris ratione, quae inter coheredes intercedat.*

Inter coheredes obligatio locum habet, quae quasi ex contractu nasci videtur [1]. Cujus haec vel maxime vis est, ut divisorio judicio cohres a coherede cum ad dividendam hereditatem cogi possit, tum vero ad praestandum id, quod vicissim sibi praestare tenentur coheredes, aut propter lucrum ex re communi ab altero perceptum, aut si, quae impensa sunt ab uno, quae ad reliquorum coheredum officium similiter spectant, aut ob damnum in re communi datum [2]; quo quidem nomine alter alteri levem culpam debet praestare, sic tamen, ut talem rebus hereditariis adhibuisse diligentiam sufficiat, qualem suis ipsius rebus adhibere heres consuevit [3]. Sunt etiam, qui, ut omnino participes fiant bonorum hereditariorum, ex suis bonis quaedam inferre coheredibus necesse habent. De quo quidem officio mox videbimus.

§ 712. 1) *Bonorum collatio* (*). a) *Ejus notio et ratio, tum, inter quas personas locum habeat.*

Collatio bonorum est, quae a descendentibus fit coheredibus, qui item descendunt a defuncto, scil. aequalitatis conservandae gratia, atque hac potestate, ut bona inferentes una cum his, quibus confertur, ad ascendentis defuncti admittantur successionem. Et primo quidem Praetores edixerunt, ut bonorum

que non est hujus loci, cum alterum exhibitorium sit, alterum ad singulas tantummodo res, non ad bonorum universitatem, spectet. — De bonorum autem missionibus, quae vel ex Carboniano edicto, vel ventris, tum etiam furiosi nomine dari solent, jam supra a nobis expositum est. Cf. § 621. nr. 1. et § 692. nr. 3.).

2) Dig. (XLIII, 3.). Cod. (VIII, 2.) *quorum bonorum*. — *de Savigny* Zeitschr. V. Nr. I. et VI. Nr. III. p. 229.—Ephemer. Erl. T. IX. p. 1 sqq. — *Fabricius* in Rhein. Mus. IV. p. 204 sqq. (Nr. IV.) (Caeter. cf. supra § 155. not. 11.)

3) Idque jam Romano jure factum esse plerique statuunt propter L. 1. C. *h. t.*; licet hic locus non nisi de eo loquatur, qui, cum vel civili vel praetorio jure ad eum pertineret hereditas, bonorum possessionem agnoverit.—Cf. *Koch* B. P. § 29.

4) L. 1. D. L. 2. C. *h. t.*—De edicti verbis: « possideresve, si nihil usucaptum esset », eorumque vi cf. *Savigny* l. l. (Zeitschr. T. V. Nr. I.) p. 12 — 17. et p. 20—24.

5) L. 2. D. *h. t.* — Quo loco moti nonnulli de rebus corporalibus solis interdictum dari contendunt. Contra quos vid. *Fabricius* l. l. p. 206. sqq.

6) L. 2. et 3. C. *de edicto D. Hadr. toll. et quemadm. scr. heres mitt. in poss.* VI, 33. (cf. *Paulli* sent. rec. III, 5. § 14—18.).—*Savigny* l. l. (Zeitschr. VI.) p. 233 sq. ibiq. not. 1. — *Loehr* Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. VI. Nr. IX.

§ 711.

1) § 3. 4. I. *de obl., quae qu. ex contr. nasc.*

2) § 4. I. *de offic. jud.*— L. 1. pr. L. 2. pr. D. *fam. erc.* (X, 2.) — L. 19. L. 56. *eod.* — L. 18. § 3. L. 44. in f. *eod.*—L. 18. § 1. C. *eod.* (III, 36.). — L. 16. § 2 — 6. L. 17. L. 18. pr. L. 44. § 2. D. *eod.*—L. 3. C. *eod.* (cf. § 718.).

3) L. 25. § 16. D. *fam. erc.*

§ 671.

(*) Dig. (XXXVII, 6.) *de collatione*. — Cod. (VI, 20.) *de collationibus*. — *C. Pfizer* üb. die Collation d. Descendenten. Stuttg. 1807. (cf. Heidelb. Jahrb. 1808. Abth. II. p. 105—121.).— *Unterholzner* hist. doctr. jur. R. de collat. Alt. 1809. 8. — *Foerster* de B. P. liberor. praeter. p. 354 — 373. — *W. Francke* civilist. Abhandl. (Goett. 1826.). nr. IV. (cf. *Zimmern* in ephemerid. Erl. T. VI. p. 41—48.—[Cod. Nap. 843—869.]

possessionis contra tabulas ab emancipato impetratae nulla esset vis, nisi hic bona sua, utpote ex paterno beneficio quaesita, in medium conferret iis, qui in potestate patris remansissent, dummodo hi et ipsi petierint bonorum possessionem [1]). Quae quidem conferendi necessitas subinde dilata est, hoc pacto, ut etiam intestato patre mortuo emancipati iidemque bonorum possessores conferre bona sua necesse haberent [2]), tum a filia, licet in suorum numero esset heredum, tamen dos esset conferenda fratribus, ad quos aequo jure pertineret hereditas [3]), praeterea his quoque conferretur, qui ipsi non admiserint bonorum possessionem [4]); donec juris constituentium auctoritate, et vel maxime Justiniani, postremo obtinuit, ut omnino omnes, qui una parentibus succederent, sive in potestate essent constituti, sive non, itemque, sive testamento sive lege eis delata esset hereditas, sibi invicem conferrent, quae ex defuncti bonis ad ipsos profecta, nec peculiari ratione essent excepta a collatione [5]). Ex quo consequitur, ut etiam qui diversis inter se gradibus distant a defuncto, conferre sibi invicem necesse habeant [6]), et parens adeo liberis ipsius, quibuscum concurrat in avi hereditate [7]). Jam vero, cum antiquitus emolumentum collationis non nisi ad eos pertineret, quibus auferretur aliquid coheredis interventu [8]), tum ad heredes illorum, postea tamen constitutum est, ut omnibus, quicunque sint in descendentium genere, sive eodem sint gradu, sive non, collatio a quovis facta prodesset [9]). Quemadmodum autem non nisi hi, qui in descendentium sunt numero, sibi invicem conferunt coheredes [10]), sic illud sublatum esse videri non potest, nihil esse ei conferendum, cui coheredis interventu major obveniat hereditatis pars, quam quae alioquin ad eum perventura sit [11]). Praeterea qui in alicujus locum succedunt, quae ab hoc erant conferenda, et ipsi debent inferre [12]), quod quidem facere necesse non habent, qui proprio jure succedentes alius locum occupant [13]), nec nepotes quidem, patris praemortui, cujus tamen heredes facti non sunt, locum occupantes [14]). Cessat autem collatio, cum heredis voluntate, scil. hereditatem

1) L. 1. pr. § 1. et 8. L. 3. pr. D. *h. t.*

2) L. 6. D. *si tab. test. nullae extab.* (XXXVIII, 6.) — L. 1. § 18. D. *de conj. cum emancip. liber.* (XXXVII, 8.) — *Francke* l. l. p. 185.

3) Dig. (XXXVII, 7.) *de dotis collatione.* — *F. Kaemmerer* Beitr. z. Gesch. u. Theorie des Röm. R. Nr. VII. — Cf. L. 4. C. *h. t.*, quem quidem locum accurate interpretatus est *Kaemmerer* l. l. p. 285 sqq. (§ 7—11.).

4) L. 10. D. *h. t.* — *Kaemmerer* l. l. p. 257 — 261.

5) L. 17 — 19. C. *h. t.* — Nov. 18. c. 6. — Cf. *Voet* ad Pand. h. t. § 2. *verb.*: « Si modo tales descendentes testamento vocati sint » *rel.* — Cf. *Francke* l. l. p. 192 usq. ad fin. (Basilic. Schol. T. V. p. 516.) — Ephemerid. Erl. l. l. p. 47 sq.

6) L. 19. C. *h. t.* — Cf. *Hofacker* pr. j. civ. T. II. § 1654. not. c.

7) Vid. a) L. 1. pr. in f. D. *de conjungendis cum emancipato liberis ejus.* (XXXVII. 8.) — Cujus tamen conjunctionis in intestatorum hereditatibus (L. 3. § 6. D. *h. t.* — L. 5. pr. D. *si tab. test. nullae extab.*) nullius amplius superest usus, propter Nov. 118. c. 1. — b) Fieri etiam adoptionibus potest, ut cum parentibus liberi concurrant. L. 3. § 6. D. *h. t.* — L. 2. § 19. D. *ad SCt. Tert.* (§ 624. not. 11.).

8) L. 1. § 3. in f. L. 3. § 6. D. *h. t.* — L. 1. § 2. 3. 4. D. *de dot. collat.* — L. 1. pr. § 13. et 18. D. *de conjung. cum emancip. lib.* (XXXVII, 8.)

9) L. 19. C. *h. t.*

10) L. ult. C. *comm. utriusq. jud.* (III. 38.) — Cf. al *Thibaut* Archiv f. civ. Pr. V. p. 330—332. — Atque olim quidem, cum nihil proprii haberent filiifamilias, fieri etiam potuit, ut in bonorum possessione, a naturali patre delata filio, accipienda, avus, in cujus potestate ille remanserat, aut pater ejus adoptivus, conferre bona necesse haberent. Cf. L. 1. § 14. L. 5. pr. *h. t.* — L. 4. D. *de conj. cum em. lib.* (XXXVIII, 6.) — L. 6. D. *si tab. test. nullae extab.* (XXXVII, 8.)

11) L. 1. § 3. 4. 5. D. *h. t.*

12) De quo quidem non dubitatur, cum, de avi hereditate quaestione proposita, nepos patris sui heres factus est. Nam licet patri nondum delata fuit hereditas, tamen filio ejus, suo jure petenti avi hereditatem a coheredibus, nisi offerat, quae a patre fuerint conferenda, doli exceptio nocebit. — Atque idem etiam impleodum est officium ab his, quibus bona cessit debitor, siquidem habere atque exercere jus alienum nemo potest, nisi his legibus, quibus ipse adstrictus est, ad quem proprie spectat jus. *Pufendorf* obs. T. III. obs. 186.

13) *Thibaut* Pand. § 883. in f.

14) Contrariam sententiam plerique tuentur, maxime propter Nov. 118. c. 1. verba: « tantam de hereditate — accipientes partem — —, quantam eorum parens, si viveret, habuisset » (§ 631.

a parente profectam repudiantis [15], tum ipsius patris prohibitione [16], denique prorsus exstinctis consumtisque sine heredis culpa rebus, quarum inferendarum est obligatio [17]).

§ 713. b) *De rebus, quae conferantur.*

Conferre heres debet non nisi ea, quae ad ipsum a parente, de cujus successione quaeritur, ex causa inter vivos profecta sunt [1]), nec illa quidem utique omnia. In numero igitur conferendorum bonorum sunt 1) dos (not. 5), quae a parente vel data est vel promissa [2]), nec solum finito matrimonio, sed et durante eo [3]), eatenus duntaxat, quatenus tempore collationis etiam exstat, dummodo non ipsius culpa mulieris factum sit, quo minus conservari dos potuerit [4]); itemque 2) propter nuptias donatio, cujus quidem conferendae obligatio simili ratione aestimanda est [5]). Praeterea ex plerorumque quidem opinione conferendum etiam est 3) quidquid a parentibus beneficii in liberos collatum est, eo quidem consilio, ut vitae privatae recte instituendae rerumque domesticarum bene gerendarum facultas eis esset, id quoque, quod hac ex causa acquisitum est liberis [6]). Jam vero conferre necesse fere non habent liberi 1) quod simpliciter eis donatum est a parentibus, nisi forte cum his concurrant fratribus sororibusque, quibus aut dos aut propter nuptias aut alia donatio (vid. not. 14.) conferenda sunt [7]). Nec magis 2) res castrenses vel quasi castrenses, quamvis a parentibus profectas [8]), aut 3) quae in liberorum alimenta, vel studia, vel dignitatem erogavit parens, praeterquam si, quatenus omnino debita non sunt, eredendi tantum ea non donandi animo esse subministrata constet [9]). Ac multo etiam magis intelligatur 4) non esse conferenda, quae parens vel remunerandi, vel ostentandi, vel sui ipsius potissimum causa impendit, quae ita denique, ut nihil inde commodi ad rem liberorum familiarem vere redundaret [10]). Quemad-

not. 4.). Quae tamen verba de ea tantum intelligenda sunt hereditatis parte, quae per se ac simpliciter pertinere poterat ad parentem, non vero de parte, quae deductis conferendis superfutura est. Accedit etiam illud, quod, cum in praetoria successione eadem illa in stirpes succedendi ratio obstineret (§ 626. not. 7.), et emancipati filii omnia sua bona in medium conferre necesse haberent, tamen liberi eorum non nisi id conferrent, quod ex bonis paternis ad ipsos pervenisset. (L. 2. pr. D. *h. t.* « — — sive hereditatem a patre, *sive legatum acceperit, hoc conferre debebit.* ») Stat igitur sententia, quae etiam ratione nititur, scil. eos, qui suo ipsorum jure succedant, nihil ex aliorum personis suscipere aut implere officii necesse habere.

15) L. 25. C. *fam. erc.* (III, 36.) — L. ult. D. *de dot. collat.* — Cf. L. 8. D. *h. t.*

16) Nov. 18. c. 6. Dummodo id non fiat in eorum fraudem, quibus legitima portio debetur. — Quae remissio et tacite fieri potest; quodquidem non praesumitur. — Vid. *Dabelow* Archiv f. civ. Pr. T. II. Nr. VI.

17) L. 1. § 23. L. 2. § 2. D. L. 6. C. *h. t.* — L. 1. § 6. D. *de dot. coll.* — Nov. 97. c. 6. (cf. *Thibaut* Pand. § 883. not. 0. et infra § seq. not. 4).

§ 713.

1) L. 39. § 1. D. *fam. erc.* (X, 2.) — L. 1. § 19. D. L. 10. et 16. C. *h. t.* — Heidelb. Jahrb. l. l. p. 117.

2) L. 1. § 1. D. *de dot. coll.* — L. 2. et 17. C. *h. t.*

3) L. 5. C. *h. t.*

4) L. 1. § 6. D. *de dot. coll.* — Nov. 97. c. 6. et auth. *quod locum* C. *h. t.*

5) L. 17. 19. 20. C. *h. t.* — Nov. 18. c. 6.

6) Maxime propter generales LL. 17. in f. 20. pr. C. *h. t.*, nec non Nov. 18. c. 6. sanctiones. At vid. *Francke* l. l. p. 202 — 224. 241. 242. — *Zimmern* l. l. p. 45 sq.

7) L. 20. § 1. C. *h. t.* — L. 18. C. *fam. erc.* (III, 36.) — Caeter. vid. L. 13. C. *h. t.* — De cujus loci et interpretatione et cum superiori illo (L. 18. *eod.*) conciliatione inprimis conferendi sunt: *Hofacker* pr. jur. civ. R. Germ. T. II. § 1059. not. b. — *Francke* l. l. p. 233 — 241. (*Zimmern* l. l. p. 46 sq.). — Aliter rem explicare instituit Basilic. Schol. T. V. p. 554. not. a. — Cf. et L. 8. D. *de dot. coll.*

8) L. 1. § 15. D. L. 12. C. *h. t.* — Ac multo etiam minus adventitia bona sunt in conferendorum numero. L. ult. C. *h. t.*

9) Cf. L. 11. et 15. C. *de negot. gest.* (II, 19.) — L. 50. D. *fam. erc.* (X, 2.) — L. 1. § 16. D. *h. t.*

10) *Leyser* med. ad Pand. sp. 411. m. 5. 6. — *Hofacker* § 1063. — Cf. L. 17. C. *de postlim.* (VIII, 51.)

modum autem utique inferre liberi debent, quae ex re parentum tenent, velut profectitium peculium [11]), sic etiam statuere pater recte potest, ut ea, quae ex mera ipsius liberalitate proficiscantur, licet in conferendorum genere honorum plerumque non sint, tamen conferantur, dummodo tempestive id fiat [12]).

§ 714. c) *Collatio, qua ratione fieri debeat, tum, quaenam remedia ejus consequendae causa comparata sint.*

Computatio ejus, quod conferendum est, ex mortis tempore defuncti fieri debet [1]), hoc pacto, ut, ex quo moram admisit heres in restituendo, etiam usurae et fructus reddendi sint conferendorum [2]). Fit autem collatio vel re, i. e. inferendo aut bona aut pretium eorum, vel cautione, sive fidejussoribus sive pignoribus interpositis, vel etiam remissione ac compensatione ejus, quod ipsi debetur ex hereditate, qui conferat [3]). Caeterum tum actionibus compelletur heres ad conferendum, tum exceptionibus. Actionibus coheredes utuntur his : familiae erciscundae, tum iis, quae ex cautione oriuntur, nonnunquam etiam extraordinaria persecutione [4]). Exceptionum haec est vis, ut, donec caveatur, denegentur heredi actiones hereditariae [5]); qua tamen in re multum etiam interest, utrum per contumaciam non caveat heres, an eo, quod idoneam nequeat exhibere cautionem [6]).

§ 715. 2) *De hereditatis divisione* (*). a) *Personae, inter quas locum habet hereditatis divisio.*

Plerumque hereditatis divisio non nisi inter coheredes, quique his existunt heredes, locum habet [1]). Admittuntur tamen velut heredum jure hi quoque, quibus ex fideicommisso pars hereditatis restituenda est [2]), et emtor hereditatis, scil. ex jure cesso [3]), et adrogatus impubes, cui ex constitutione D. Pii quarta bonorum pars debetur [4]). Potest vero unusquisque heredum, aut qui instar sunt heredum, ad divisionem provocare, licet aut ipsorum pacto aut testatoris decreto expressum sit, ne *omnino* fiat divisio [5]). Quodsi minor est heres, nec ipse nec tutor ejus vel curator ad dividendam hereditatem ante potest provocare coheredes, quam magistratus decretum ea de re rite interpositum sit; at cum major provocavit, minoris quoque nomine, etiam non interposita magistratus auctoritate, recte dividetur hereditas [6]).

11) L. 13. C. *fam. erc.* (III, 36.)—L. 12. C. *h. t.* —L. 6. in f. *eod.*

12) L. 20. in f. C. *eod.*

§ 714.

1) L. 6. C. *h. t.*

2) L. 5. § 1. D. *de dot. coll.* — Contra vero, et necessariarum impensarum deductio fiet. — L. 1. § 5. D. *de dot. coll.*; quin, utilium quoque, si quidem novissimam hujus juris indolem respexeris.

4) L. 1. pr. D. *de dot. coll.* — L. 5. § 1. et 3. D. *h. t.*—L. 8. C *eod.*

5) L. 14. C. *h. t.* (cf. not. seq.).

6) L. 1. § 10. et 13. D. *h. t.*

§ 715.

(*) Dig. (X, 2.) et Cod. (III, 36.) *familiae erciscundae.* — *E. C. Westphal* von den einzelnen Vermächtnissen u. d. Erbtheilungsklagen (Leipz. 1793.) p. 398—520.

1) L. 1. § 1. L. 2. pr. L. 24. § 1. D. *h. t.*

2) L. 24. § 1. L. 40. D. *h. t.*

3) Arg. L. 5. C. *h. t.* et supra § 703. not. 9.

4) L. 2. § 1. D. *h. t.*

5) L. 43. D. *h. t.*—Arg. L. 5. C. *comm. div.* (III, 37.) — L. 70. D. *pro soc.* (XVII, 2.) — Arg. L. 14. § 2. D. *comm. div.* (X, 3.)

6) L. 7. pr. D. *de reb. eor., qui sub tut.* (XXVII, 9.)—L. 17. C. *de praed. et al. reb. min.* (V, 71.) — Caeter. vid. L. 38. D. *h. t.*

§ 716. b) *Res, quae in divisionem veniunt.*

Res fere venient in hereditatis divisionem hereditariae [1]) omnes, quaecunque divisionem recipiunt sive naturalem sive civilem, hae quoque, quae ita tantum sunt apud heredes, ut nondum constet, utrum apud illos remansurae sint nec ne [2]). At vero non venient aliae propterea, quod earum nulla omnino potest fieri divisio, aliae, quod jam sunt inter heredes divisae. Et I) in priore quidem habentur genere 1) res, quarum commercio prohibentur privati homines [3]); 2) res, quae scelere criminibusque sunt acquisitae [4]); 3) tabulae testamenti, tum etiam si quae sunt cautiones hereditariae aliave instrumenta, quippe quae aut apud unum coheredum aut apud eum, quem elegerint heredes deponi oporteat [5]); denique 4) res, quae ne juris quidem intellectu divisionem recipiunt [6]). II) In altero vero genere sunt, eum quae testator divisit [7]), tum quae lex, eaque est causa nominum hereditariorum. Obligationes igitur et actiones, et quae heredibus et quae in heredes competunt, ipso jure inter eos divisae sunt [8]), his nimirum exceptis, quae in solidum singulis aut in singulos dari solent [9]). Ac praetera non solum invicem licet coheredibus alteris ad alteros singulas transferre obligationes, verum etiam ad judicis officium pertinebit, si quae esse incommoda in partium exactione intelliget, debita et credita singulis in solidum heredibus, alia aliis, attribuere; hac quidem vi, ut is, in quem facta est translatio, partim suo partim procuratorio nomine et agat et actiones excipiat [10]).

§ 717. c) *Ratio ac modus dividendi, α) generatim.*

Ut rite praemuniatur via hereditatis divisioni, primum omnium inventarium est bonorum conficiendum, tum vero constituenda ea atque in unum eogenda sunt, quae in divisionem veniant [1]), deducenda autem, quae non veniant [2]). Deinde universarum rerum fieri debet aestimatio [3]) atque ipse divisionis modus definiendus. De quo eum inter se non convenerint heredes, pecunia quidem hereditaria tum etiam rerum quantitates naturaliter distribuendae sunt, mobiles

§ 716.

1) L. 25. § 7. 8. L. 45. pr. D. *h. t.*—Cf. L. 54. *eod.* — L. 25. § 6. *eod.* et Basil. Schol. V. p. 724. q.

2) L. 12. in f. D. *h. t.*

3) Cf. L. 4. § 1. L. 30. in f. D. *h. t.*—L. 4. C. *de relig.* (III, 44.)

4) L. 4. § 2. D. *h. t.*— Cf. L. 9. in f. D. *de J. F.* (XLIX, 14.)

5) L. 4. § 3. L. 5. L. 6. D. *h. t.*—L. ult. D. *de fide instr.* (XXII, 4.)—L. 5. C. *commun. utriusq. jud.* (III, 38.)--Cf. L. 8. pr. D. *h. t.*

6) Cf. § 224. not. 6 sqq.

7) L. 25. § 1. L. 32. D. *h. t.* — L. 10. et 21. C. *eod.* (cf. L. 35. § 1. D. *de her. inst.*).— L. 20. § 3. D. *eod.*—L. 1. C. *de except.* (VIII, 36.)

8) L. 25. § 1. in f. D. L. 6. C. *h. t.* (*Hugo* Rechtsgesch. ed. XI. p. 254.)— L. 25. § 13. D. *h. t.*—Cf. et *Gluck* Pand. XI. p. 61. nr. 1. 2.

9) Cf. L. 25. § 9—14. L. 48. D. *h. t.* — L. 17. D. *de serv.* (VIII, 1.)—L. 5. § 3. L. 83. § 6. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — (Cf. L. 72. pr. *eod.*) — L. 1. et 2. C. *de luit. pign.* (VIII, 31.) T. T. C. (VIII, 32.) *si unus ex plurib. her.* — L. 3. D. *de alim. legat.* (XXXIV, 1.)

10) L. 2. in f. L. 3. D. *h. t.*

§ 717.

1) Quarum in numero non solum corpora sunt hereditaria, verum et ususfructus « utputa si, deducto usufructu, fundus fuit ab heredibus legatus» (L. 14. § 1. L. 15. D. *h. t.*), et interdum etiam nomina (L. 4. pr. D. *h. t.*). Praeterea in divisionem venient et quae rebus hereditariis accesserunt, et quae a singulis heredibus praestanda sunt.—L. 25. § 19. D. *de H. P.* (V, 3.) — L. 9. L. 16. § 3 — 6. L. 17. L. 19. L. 56. D. L. 9. et 19. C. *h. t.* — L. 4. C. *comm. utriusq. jud.* — *Paulli* sent. rec. I, 18. § 3.—Cf. et § 715.

2) Cf. § 716. not. 1 et not. 3 sqq. Add. et L. 20. § 9. L. 35. D. *h. t.*

3) L. 52. § 3. D. *h. t.* — Cf. *Westphal* l. l. § 817.

vero res, quae quidem dividi naturaliter nequeunt (§ 224. not. 5.), aut divendantur, quo facto similiter pecuniae inde redactae distributio fiet, aut singulis sorte pro pretio aestimato adsignentur heredibus. Praediorum vero pro varia rerum temporumque conditione varie facienda est divisio, hoc pacto, ut nunc item res revocetur ad sortem (not. 4.), bujusque velut judicio committatur: cuinam heredum singula praedia singulorumve partes naturales attribuendae sint, nunc bi eoheredum, qui plurimum offerant pro praediis, ea ferant, nunc venditione eorum facta pretium distribuatur, aut si nec venditio commode fieri possit, nec vero in dominio plurium manere, tum eam judex arbiterve ineat rationem, quae maxime convenire sibi videatur et rerum, de quibus agitur, naturae atque indoli ipsorum, et heredum utilitati [4]). Caeterum sive ipsi inter se coheredes faciant divisionem, sive arbitrum eligant, sive etiam ad familiae erciscundae judicium provocent, ea tamen, quam testator secutus est, divisionis ratio (§ 666.), in adsignandis cuique partibus ex hereditate utique erit scrvanda, praeterquam quod, cum singulas tantum res rerumve partes divisit ille, caeteroquin vero de partibus hcreditatis nihil expressit, reliqua bona aut pro personarum aut pro stirpium, conjunctorumque heredum numero distribuenda sunt [5]).

§ 718. *β) Singulatim, de familiae erciscundae judicio.*

Familiae crciscundae judicio id maxime agitur, ut e communione discedatur, tum quod vicissim sibi ex illa causa debent coheredes, id alteri ab altero praestetur [1]). Eaque actio et adversus non possidentes locum habet coheredes [2]), et duplex est [3]), et mixta, utpote qua et hereditatis partem ad se pertinere dicit, qui agit, et advcrsarium sibi esse obligatum quasi ex contractu [4]). Quemadmodum autem qui fam. erc. actione utitur, advcrsarium sibi esse coheredem utique confitetur [5]), sic contraria ratione potest, qui convenitur, et negare coheredem esse actorem, et, nisi is possideat partem, quam suam esse intendit, cxcludere actionem hac exceptione: si in ea re, qua de agitur, praejudicium bereditati non fiat [6]). Judicis igitur in hac actione officium et in adjudicando et in condemnando cernitur, in quorum utroque principia sequatur modo a nobis exposita (§ 717). Et

4) Cf. ioter se hi loci: § 4. I. *de offic. jud.* — L. 22. § 2. et 3. D. L. 55. *h. t.* — L. 21. D. *comm. div.* (X, 3.)—L. 3. C. *comm. div.* (III, 37.)—L. 3. pr. C. *comm. de leg.* (VI, 43.) — L. 2. C. *quando et quib. quarta pars deb.* (X, 34.) — Vid. et a) L. 25. § 6. D. *h. t.* — b) L. 16. pr. § 1. et 2. *eod.* — Cf. *Vinnii* sel. qu. I, 35. — *Glück* Pand. XI, p. 54 sq.

5) Cf. supra § 666. not. 7. et L. 32. D. *h. t.* — L. 21. C. *eod.*

§ 718.

1) Cf. L. 7. D. *si pars hered. pet.* (V, 4.)—L. 1. pr. L. 22. § 4. D. *h. t.*—Cf. L. 31. § 9. D. *de aedil. edicto.* (XXI, 1.)—De judicii nomine vid. *Huschke* Studien p. 156. not. 26. et in Rhein. Mus. VI. p. 280. not. 41.

2) L. 1. § 1. L. 25. § 2. D. *h. t.*

3) L. 10. D. *fin. reg.* (X, 1.) — L. 2. § 3. L. 44. § 4. D. *h. t.*— Atque hinc etiam est, quod dicitur, io hoc judicio condemnationes et absolutiones in omnium personas esse faciendas. L. 27. *h. t.*; scilicet eorum, qui una acceperunt judicium. Nam alioquin nihil impedit, quo minus et inter paneiores dari possit fam. erc. jud. L. 2. § 4. L. 43. L. 44. § 2. *eod.*—L. 17. C. *eod.* — Atque ita etiam intelligendus est *Paullus* sent. rec. I, 18. § 4. — Caeter. vid. *Cujac.* obs. XXIII, 1. — *Vinn.* sel. qu. I, 38.

4) § 20. I. *de act.*—L. 22. § 4. D. *h. t.* (cf. § 138. not. 4.).

5) Contraria non est L. 37. D. *h. t.* (« Qui familiae erciscundae judicio agit, non confitetur, adversarium sibi esse coheredem »); licet delenda non sit particula *non*, quam quidem non habent Basilic. T. V. p. 681.—Vid. varias variorum atque in primis *Arntzenii* interpr. ap. *Glück* Pand. XI. p. 12—16.

6) L. 1. § 1. D. *h. t.*—Vid. et L. 51. § 1. D. *eod.* —Cf. *Raevard.* de praejud. I, 7. 11. — *Westphal* l. 1. § 699.—*Glück* XI. p. 10 sq.

quidem adjudicat vel omnes res uni, vel singulas, tum etiam fundos, pro regionibus divisos, singulis [7]); in quo et servitutes potest imponere, hoc pacto, ut alteram fundi partem alteri servam faciat [8]). Praeterea in adjudicando provideat, ut de evictione caveatur his, quidus adjudicat [9]). Condemnandi vero duplex ratio est. Fit enim condemnatio aut pretii propter res adjudicatas solvendi nomine [10]), aut propter ea, quae alioquin coheredes vicissim sibi praestare necesse habent [11]). Nec vero impensae utique repetentur illo judicio, sed contraria negotiorum gestorum actione opus est, his in causis : cum aut ante aditam hereditatem heres eas impendit, aut non eo animo fuit, ut hereditatis negotia gereret, aut, etiamsi fuit, tamen nulla necessitate cogente totius hereditatis negotia gessit, cum pro parte res expediri posset, denique postquam redditum jam est judicium fam. erc., nec eo ratio ulla habita expensarum [12]). Quoniam autem non fere amplius, quam semel fam. erc. judicium dari solet, earum rerum nomine, quae forte indivisae relictae sunt, non nisi communi dividundo agi potest [13]). Omnino autem tollitur fam. erc. actio triginta annorum spatio transacto, scil. ex eo computando, quo de adversarii injuria conqueri potuit heres [14]). Caeterum et de pluribus hereditatibus, quae ex diversis causis communes sunt, uno agi potest fam. erc. judicio [15]); dummodo omnium causarum inter easdem personas communio sit [16]).

§ 719. d) *Divisionis factae vis et potestas.*

Hereditate divisa, velut ex emtione venditione singulae res ad singulos coheredum translatae esse videntur [1]), hoc pacto, ut nec ampliore jure utantur coheredes, quibus pecunia debetur, quam quo venditores [2]), nec vero deteriore hi, ad quos res prevenerunt, quam emtores, siquidem et evictarum rerum nomine agere adversus coheredes plerumque possunt [3]). Quemadmodum autem non impleta conditione, quae forte adjecta est divisioni, evanescet jus ex ea natum [4]), sic etiam ad rescindendam divisionem agi poterit, cum propter nimiam inaequalitatem [5]), tum propter adversarii dolum [6]), tum etiam errore admisso, eoque

7) L. 55. L. 22. § 1. 2. D. *h. t.*

8) L. 22. § 3. D. *h. t.*—Cf. L. 7. § 1. et L. 18. D. *comm. div.*

9) L. 25. § 21. D. *h. t.*—Cf. L. 47. pr. *eod.*

10) L. 52. § 2. L. 55. D. *h. t.* — L. 3. C. *comm. div.* (III, 37.) — L. 44. § 1. D. *h. t.* — Caeteroquin traditione demum et adjudicatione transfertur dominium, non pacto L. 15. C. *h. t.*

11) § 4. I. *de offic. jud.* — L. 16. § 4 sqq. L. 17—19. L. 25. § 15 — 19. L. 29. L. 39. pr. L. 44. § 5. et 8. D. L. 3. C. *h. t.* (§ 711.).—Cf. et L. 8. pr. D. *h. t.*

12) L. 49. D. *h. t.* — L. 25. § 15. *eod.* — L. 78. § 2. D. *de contr. emt.* (XVIII, 1.)—L. 3. C. *de negot. gest.* (II, 19.) — Vid. et L. 18. § 1. C. *h. t.* et cf. supra § 423. nr. 4. ibique not. 10—14.

13) L. 20. § 4. D. *h. t.*—Cf. L. 44. § 2. D. L. 17. C. *eod.*

14) L. 1. § 1. C. *de ann. exc.* (VII, 40.) — Cf. L. 14. § 2. D. *comm. div.* et supra § 423. nr. 3. et not. 3.

15) L. 25. § 3. et 5. D. *h. t.*

16) Quod quidem plerique negant, propter L. 25. § 4. D. *h. t.*, cujus verba ita sonant : «Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem, et te, et Titium Sejana, posse unum judicium accipi inter tres, Pomponius scribit.»—A communi sententia haud recedunt *W. Müller* (in Zeitschr. f. Civilr. u. Process I. p. 317 sqq.) et *Linde* (ibid. p. 316—322.). At meliorem, ut nobis quidem videtur, h. l. explicationem proposuit *Hugo* in ephem. Gott. de 1828. St. 117. p. 1165.

§ 719.

1) L. 1. C. *commun. utriusq. jud.* (III, 38.)—Neque contraria est L. 34. D. *h. t.*—Vid. *Cujacius* obs. XXIV, 27. et *Westphal* l. l. § 837.

2) Cf. *A. Gu. L. Weber* D. de pecunia hereditaria in conc. creditor. e jure pretii residui rei venditae aestimanda (Gott. 1816.) c. I.

3) Cf. a) L. 14. C. *h. t.*—L. 7. C. *comm. utriusq. jud.* (L. 25. § 21. D. *h. t.*). — L. 66. § 3. D. *de evictinn.* (XXI, 2.)—b) L. 77. § 8. D. *de leg.* II.—*Glück* Pand. XI. p. 107—110.

4) L. 6. C. *comm. utriusq. jud.*

5) L. 3. C. *comm. utriusq. jud.* — Quae quidem res ex L. 2. C. *de resc. vend.* (IV, 44.) erit aestimanda (cf. tamen *Glück* Pand. p. 94—106.). — Ad divisionem vero a testatore factam illa impugnandi ratio minime pertinet. L. 10. C. *h. t.*

6) L. 3. C. *comm. utr. jud.* (cf. § 423. nr. 6. e. et not. 19.).

tali, qui necessarium rebus gerendis consensum tollat [7]). Qua tamen in re est aliquid, quod differat inter fam. erc. judicium, eamque divisionem, quae sine judice peragitur, siquidem divisione per errorem facta inter eos, qui coheredes non sunt, post rem judicatam nihil repeti potest; quod contra est in divisionibus, quae alio modo fiunt [8]). Omnino autem coheredes iisdem adversus iniquas injustasque judicium sententias uti poterunt remediis, quibus socii utuntur, qui communi dividundo actione apud judicem egerunt [9]).

CAPUT V.

DE HIS, QUAE NON HEREDIS TITULO RELINQUUNTUR.

TIT. I. COMMUNIA LEGATORUM ET FIDEICOMMISSORUM.

Dig. (XXX. XXXI. XXXII.) *de legatis et fideicommissis.*—Cod. (VI, 43.) *communia de legatis et fideicommissis, et de in rem missione tollenda.*—*Fr. Duareni* comm. in Lib. XXX. Dig. opp. p. 478 – 552.— *E. C. Westphal* herm.-syst. Darstellung des Rechts von Vermächtnissen u. Fideicommissen. Th. I. II. Leipz. 1791. 8. — *C. F. Rosshirt* die Lehre von den Vermächtnissen nach R. R. T. I. II. Heidelb. 1835. — *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. IX. Nr. IV. et IX.

§ 720. I. *Quatenus cum legatis exaequata sint fideicommissa quaeritur.*

Cum olim vis omnis legatorum ex formularum usu penderet [1]), ac civili jure rectaque via jus legatariis quaereretur [2]), eaque omnia secus essent in fideicommissis [3]): sensim tamen sensimque, cum aliis compluribus antiqui juris conversionibus, tum vero maxime judiciorum veteri ordine commutato, effectum est, ut aut nullus inter utrumque liberalitatum genus superesset differentiarum usus, aut, si qui adhuc esset, is, in eo quidem ju ium genere, quae ex antiquis formulis pependerunt, nulla ratione retineretur [3a]). Igitur Justinianus, more suo temporum rationi inserviens, constituit, ut nulla, nec relinquendi forma, nec personarum jure, nec eorum, quae relicta essent, vi atque effectu, inter legata et fideicommissa esset differentia, et si quae ampliora essent atque utiliora in altero genere, ea ipso jure ad alterum pertinerent [4]). Quo quidem id efficere imperator nec voluit nec sane potuit, ut eam quoque tolleret vim, quae certis legandi vel fideicommittendi formulis aut suapte natura inesset [5]), aut statuentium voluntate tribueretur [6]). Praeterea, ut ea quoque, quae de univer-

7) Vid. supra § 95. nr. lit. 1.—L. 22. C. *h. t.* et not. seq.

8) L. 36. D. *h. t.*

9) Cf. L. 7. C. *qu. prov. non est nec.* (VII, 64.) —L. 15. D. *de judic.* (V. 1.) (supra § 423. not. 21.). —Omnino etiam vid. de hoc arg. *Hofacker* princ. jur. civ. T. III. § 3058 sq. et supra § 423. in f.

§ 720.

1) *Gaji* inst. II, 192—223.—*Ulp.* Fr. XXIV, 2—14.—*Paulli* sent. rec. III, 6. § 2. 3.—Cf. *Goeschen* obs. jur. Rom. p. 1— 46. — *Marezoll* l. l. p. 63 — 110. et supra § 615.

2) Cf. not. 1. et 3. et praeterea a) L. 80. in f. *de leg.* II. — L. 64. in f. D. *de furt.* (XLVII, 2.) (vid. § seq.).—b) L. 9. § 1. D. *de R. C.* (XII, 1.) — L. 23. D. *de V. O.* (XLV, 1.) — Cf. *Gans* röm. Obligat.-Recht p. 30. in f.—33.

3) Vid. *Gaji* inst. II, 268—283.— *Ulp.* Fr. XXV. —Cf. et a) *Paulli* sent. rec. IV, 1. § 18. et § 15.— b) § 228. not. 18. et 20. — Cf. et *de Loehr* in ejus et *Grolmani* Mag. IV. Nr. VI. 1. (p. 78 sqq.).

3a) Cf. *Rosshirt* l. l. I. p. 99—108.

4) § 2. in f. et § 3. I. *de legat.*— L. 1. et 2. C. *commun. de leg.* (VI, 43.) (cf. L. 1. *de leg.* I. et L. 21. C. *de legat.* VI, 32.)— Omnino *Marezoll* p. 247—274.

5) Cf. § 2. I. *de singulis rebus per fideic. relict.* et *Vinnius* et in hunc locum et in § 3. I. *de legat.* nr. 4.

6) Vid. *Pufendorf* obs. IV, 9.—*Hoepfner* Comment. § 555.—*Rosshirt* l. l. p. 108—119.

salium fideicommissorum (§ 615.) jure *speciatim* essent decreta, atque jure etiam Justinianeo agnita [7]), generalibus illis imp. sanctioribus eversa esse arbitremur, juris ratio haud patitur [8]).

§ 721. II. *De rebus, quae per legatum vel fideic. relinquuntur.*

Possunt res omnes legari, quarum non simpliciter et usquequaque homines privati prohibentur commercio [1]), non solum corporales sed et incorporales [2]), non singulae modo, verum etiam rerum universitates (§ 736.), hac quoque, quae non sunt in hereditate, sive non exstant [3]), sive exstant quidem, et testatoris non sunt (§ 732 sq.) Et factorum praestatio legari [4]), potest, dummodo non ea fieri testator voluerit, quae adversus leges sunt vel bonos mores [5]).

§ 722. III. *De personis* A) *eorum, qui testamenta condunt.*

Et personae quidem considerandae sunt cum ipsius testatoris, tum eorum, a quibus legatur quorumve fideicommittitur, tum vero ipsorum, qui honorantur. Testator igitur is plerumque sit necesse est, qui habeat testamenti condendi jus [1]), praeterquam quod fideicommissa a filiisfamilias nec non a servis relicta valent, si quidem mortis tempore est solutus potestate testator [2]); itemque deportatorum, qui imperatoris indulgentia restituti sunt [3]). Quod quidem haud dubitamus, quo minus ad omne legandi genus referamus [4]).

§ 723. B) *De oneratorum personis.*

Legari vel fideicommitti ab omnibus potest, quicunque honorati sunt, i. e. quibus testatoris voluntate lucrum aliquod ex hereditate obveniat remaneatque [1]), adeoque et ab iis, quibus mortis causa donatur [2]), tum vero quibus con-

7) Cf. § 3—9. I. *de fideicommissar. heredit.*

8) Species enim derogat generi (§ 52 not. 4.).— Dissent. *Loehr* in *ejus* et *Grolmani* Magaz. IV. p. 85 — 95. (nr. 3. 4) et *Schrader* (in ephem. Tub. II. p. 400. in f.); qui quidem universale fideicommissum, ex Justiniani legislatoris mente, speciem esse partitionis legatae affirmant. Cui tamen obstant (ut alia taceamus, quae infra Tit. III. de hujusmodi fideicommissorum jure disseremus), quae aperte constituta sunt § 7. I. *de fideicommissar. heredit.*—*Rosshirt* l. l. p. 132—138. (§ 2.) At contra *Marezoll* p. 268.

§ 721.

1) L. 39. § 8—10. *de leg.* I.—L. 40. *eod.* « Sed si res, cujus commercium *legatarius* non habat — *per fideicommissum relinquatur*, puto aestimationem deberi. » Quocum loco congruunt L. 114. § 5. *eod.* et L. 11. § 16. *de leg.* III. Quae vero obstare videtur L. 49. § 2. D. *de leg.* II., ex differentia illa, quae olim intererat inter legata et fideicommissa singularia, erit explicanda (§ 720.). — Vid. *Duarenus* l. l. p. 538.—Dissent. *Vinnius* ad § 4. I. *de leg.* nr. 6. — *B. Branchu* in disp. ad L. 49. *de leg.* I. (adj. ej. obs. Dec. I. p. 197 sqq.). —*Schrader* in ephem. Tub. T. II. p. 400., qui quidem provocat ad *Glückii* commentat. in h. l., quam tamen meam facere nondum potui.—*Rosshirt* l. l. p. 214—236.

2) L. 41. pr. *de leg.* I.—§ 21. I. *de leg.* (§ 739 sqq.)

3) § 7. I. *de leg.*—L. 24. pr. *de leg.* I. — L. 17. pr. *de leg.* III. — L. 1. § 3. D. *de cond. et dem.* (XXXV, 1.)—Cf. et L. 15. *de leg.* III.

4) L. 12. *de leg.* III. — *Paulli* sent. rec. III. Tit. 6. § 10 (« Damnari heres potest, ut alicui domum exstruat, aut aere alieno eum liberet. »)

5) L. 112. § 3. *de leg.* I.

§ 722.

1) *Ulp.* Fr. XXV. § 4.—L. 2. § 3. L. 6. § 3. L. 7. pr. L. 8. § 2. D. *de jure codicillor.* (XXIX, 7.)—L. 2. D. *de leg.* I. — L. 1. pr. et § 2. D. *de leg.* III.— L. 114. pr. D. *de leg.* I. — L. 1. § 3. D. *de leg.* III.

2) L. 1. § 1. D. *de leg.* III.

3) L. 1. § 5. D. *de leg.* III.

4) Cf. § 720. not. 4. — Dissent. *Rosshirt* l. l. 237. not. 1.

§ 723.

1) L. 1. § 6. *de leg.* III. « — vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur. »—L. 92. § 2. *de leg.* I. —L. 94. § 3. D. *de leg.* I.—L. 77. D. *de leg.* II (cf. supra § 685. not. 2. b.).— L. 94. § 1. D. *de leg.* I. —L. 9. C. *de fideic.* (VI. 42.)

2) L. 77. § 1. D. *de leg.* II.— L. 3. pr. et § 3. D. *de leg.* III.—L. 9. C. *de fideic.* (VI, 42.)—L. 1. C. *de don. mort. causa* (VIII, 57.) — *Hasse* Rhein. Mus. II. p. 361. nr. 19.

ditionis implendae causa aliquid datur[3]). Heres quoque heredis recte oneratur [4]), tum etiam is, qui pupillo substituitur, dummodo ipse est pupillus testamento patris honoratus [5]). At onerari nequit, qui aut nihil quicquam ex hereditate percipit [6]), aut non certo testatoris judicio, sed fortuito [7]), aut jure suo, nec testatoris voluntate, ex defuncti bonis aliquid capit [8]), praeterquam quod qui non ignorat, bona sua ut vacantia ad fiscum esse perventura, hujus fideicommittere potest [9]). Recte etiam injungitur onerato, ut aliud pro alio restituat [10]); neque vero amplius restituere necesse habet, quam quod ipse acceperit vel retinuerit [11]), praeterquam si rem propriam pro certâ pecuniâ restituere rogatus agnovit legatum [12]). Ut tantundem restituat, quam ipsi relictum est, jure rogatur [13]), computato etiam fructuum usurarumque emolumento [14]). Caeterum cum quaeritur: a quonam praestandum sit legatum vel fideicommissum [15]), haec potissimum sequenda sunt: 1) Si nihil certi de onerati personâ testamento definitum, adversus omnes heredes locum habebit legati petitio [16]), scil. pro hereditariis portionibus [17]). 2) Sin singuli sunt enumerati heredes, a quibus legatum relictum est, tum omnes aequaliter, i. e. pro virilibus partibus, debent legatum, quamvis diversae ad eos pertineant hereditatis portiones [18]). 3) Neque vero, cum simpliciter ab omnibus legatum est, in solidum tenentur onerati [19]), nisi si, hoc modo deberi legatum, aut ex legandi formâ ac ratione, aut ex ejus rei, quae legetur, natura, haud dubie appareat [20]). 4) Quodsi nominatim legata a certis hereredum personis relinquuntur, his deficientibus, ad eos, qui in illorum locum succedunt, sive coheredes sunt, sive substituti, legatorum solvendorum onus transit [21]); dummodo jure valeat legatum [22]), neque aut de alia testatoris voluntate certo constet [23]), aut, proximo herede ab intestato repudiante hereditatem ad sequentem gradum devoluta sit successio [24]). Neque vero is esse oneratus censetur, cujus pars, tamquam deficiens, cum onere alii adscripta est, si postea eam non deficere apparet [25]).

3) L. 96. § 4. D. *de leg.* I.

4) L. 5. § 1. L. 6. pr. D. *de leg.* III.

5) Cf. supra § 672. not. 4. Add. L. 24. C. *de leg.* (VI, 37.) — *Westphal* von Vermächtn. I. p. 90 sqq. (§ 99—102.).

6) L. 94. pr. *de leg.* I. — L. 9. L. 31. C. *de fideic.* (VI, 42.)

7) L. 6. § 1. D. *de leg.* III.

8) L. 2. D. *de leg.* III. — Arg. L. 67. pr. et § 1. D. *de leg.* II.

9) L. 114. § 2. D. *de leg.* I. — Cf. L. 3. § 5. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)

10) L. 114. § 3. *de leg.* I. — L. 54. L. 70. § 1. et 2. *de leg.* II.

11) § 1. I. *de singul. reb. per fideic. rel.* verb.: *hoc solum observandum.* — L. 8. pr. *de leg.* III. et II. not. I. laud.

12) L. 70. § 1. *de leg.* II. *verb.:* « Enimvero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam, quamquam majoris pretii sit, restituere » *rel.*

13) Cf. supra not. 10. — Singularis esse videtur *Paulli* sent. L. 122. in f. D. *de leg.* I.

14) L. 114. § 3. *de leg.* I. — L. 70. § 1. 2. *de leg.* II. — Caeterum si quod commodum alioquin obvenit legatario propter legatum vel fideicommissum perceptum, id non reputabitur. L. 70. § 1. *verb.:* « nec mutanda sententia erit — — evasit. » — Cf. *Westphal* l. l. p. 102.

15) De qua quaestione vid. *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 29.

16) L. 44. pr. D. *de leg.* II. — L. 98. *de leg.* III.

17) L. 33. pr. D. *de leg.* II. — L. un. § 8. C. *de cad. tollend.* (VI, 51.) — Cf. et not. seq.

18) L. 54. § 3. L. 124. D. *de leg.* I. — Dissent. *Paullus* L. 17. D. *de duob. reis* (XLV, 2.) lo quo quidem loco cum superioribus conciliando frustra adbuc elaborarunt interpretes. — Cf. *Schulting* ad L. 54. § 3. ibiq. *Smallenb.* (not. ad Dig. T. V. p. 212. in f. sq.), et ad L. 124. *de leg.* I. (ibid. p. 238. in f. sq.). — *Rosshirt* l. l. p. 240—244.

19) L. 33. pr. D. *de leg.* II.

20) a) L. 8. § 1. D. *de leg.* I. — L. 25. pr. D. *de leg.* III. — b) L. 11. § 23. 24. D. *de leg.* III. — L. 80. § 1. D. *ad L. Falc.* (XXXV, 2.)

21) L. 49. § 4. L. 61. § 1. L. 77. § 15. D. *de leg.* II. — L. un. § 4. C. *de cad. toll.* (VI, 54.) — Obstare videtur L. 29. § 2. D. *de leg.* II. — Cf. *Westphal* von Vermächtn. II. p. 732 sq. § 1065. — *Schulting* et *Smallenb.* in not. ad h. l. (T. V. p. 248.). — *Rosshirt* p. 296.

22) L. un. § 3. C. *de cad. toll.* (VI, 51.)

23) L. un. § 9. C. *de cad. toll.* — Cf. L. un. § 11. *eod.*

24) L. 1. § 9. D. *de leg.* III.

25) L. 75. pr. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)

§ 724. C) *De his, qui honorantur.*

Legatum vel fideicommissum hi capere nequeunt, quibuscum non est testamentifactio [1]), si ab uno illo discesseris, quod iis, qui magnam passi sunt capitis deminutionem, tamen alimenta relinqui poterunt testamento [2]). Praeterea et testamenti condendi tempore, et quo dies legati cedit (§ 728.), capiendi jus adesse debet [3]), praeterquam in deportato, eodemque postea restituto [4]). Nonnumquam et dubitatio exoritur de eo : quis sit honoratus, tum, quid legati vel fideicommissi nomine praestandum sit. Jam, si legatum aliquod praestari plurium interest, neque vero omnibus honorem habere vult testator, is censetur esse honoratus, cui maxime prospectum voluit [5]); at fieri etiam potest, ut ejusdem rei nomine plures, licet non semper uno modo, videantur esse honorati [6]). Quodsi pluribus eadem res legatur (quo quidem facto collegatarii vocantur) [7]), sive conjunctim sive separatim id factum fuerit, pro virili parte ad omnes legatum perveniet [8]), nisi manifesto appareat, eo animo fuisse testatorem, ut aut posteriore scriptura adimeret legatum prius scriptum [9]), aut ad omnes ac singulos solidum pertineret, i. e. ad unum ipsa res, ad alterum, vel ad reliquos, ejus aestimatio [10]). Sin disjunctim pluribus legatur, nisi adjicitur : utri vellet oneratus [11]), item ad utrumque aequis partibus spectabit legatum [12]). At pluribus ita honoratis, ut alteri totum, alteri ejusdem rei pars adsignetur, ad illum quidem pertinebit, quod reliquum est deducta parte [13]). Atque in plurium legatariorum concursu, sive diversae sunt res legatae, sive ejusdem rei partes, cum vires patrimonii haud sufficiunt, plerumque pro rata cujusque parte omnibus satisfaciendum erit [14]). — Caeterum et ei, qui heres est, legatum recte datur, et legatario vel fideicommissario tum recto jure substituitur (§ 667. not. 1.), tum fideicommissorum jure; quo in genere est, quod familiae fideicommissum vocatur. De quibus singulatim videbimus, postquam de praelegatis ante diximus.

§ 725. *Singulatim* 1) *de praelegatis* (*).

Praelegatum voco, quod praeter hereditariam portionem coheredi, tamquam

§ 724.

1) § 24. I. *de leg.*—L. 67. § 3. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)

2) L. 11. D. *de alim. leg.* (XXXIV, 1.) — L. 3. pr. D. *de his, quae pro non script. hab.* (XXXIV, 8.)

3) L. 59. § 4. D. *de hered. instit.* (XXVIII, 5.) (cf. supra § 618. not. 11.).—L. 2. § 1. D. *de codicill.* (XXIX, 7.) — Cf. *A. Gu. de Schroeter* obs. jur. civ. (Jen. 1826.) obs. VI. et infra locum de Catoniana regula.

4) L. 7. pr. D. *de leg.* III. — Cf. L. 7. § 1. *eod.*

5) L. 49. § 4. et 6. D. *de leg.* I. — L. 69. § 2. *eod.* (Caeterum vid. infra § 744. not. 1.) — L. 11. § 20. et 22. D. *de leg.* III.—L. 8. D. *de usufr. ear. rer.* (VII, 5.)

6) L. 11. § 21. D. *de leg.* III. — L. 49. § 5. D. *de leg.* I.—L. 3. in f. L. 4. L. 3. § 4. et 5. D. *de liber. leg.* (XXXIV, 3.)

7) § 8. I. *de legat.*—L. 34. § 11. et 13. D. *de leg.* I.

8) L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (VI, 51.)

9) L. 33. D. *de leg.* I. (*vers.* : Quodsi separatim *rel.*).

10) L. 33. D. *de leg.* I. (*verb.* : scil. nisi ipse testator *rel.*).—L. un. § 11. C. *de cad. toll.* (*vers.* : Hoc autem ita fieri sancimus *rel.*).

11) L. 16. D. *de leg.* II.

12) L. 4. C. *de verb. et rer. sign.* (VI, 38.)

13) L. 23. C. *de legat.* (VI, 37.) (cf. supra § 666. not. 13.).

14) Arg. L. 80. D. *de leg.* I. — *Schirach* Archiv f. civ. Praxis II. Nr. XXVI. — Caeter. vid. infra § 750. not. 9.

§ 725.

(*) *J. N. Hertii* D. de praelegatis (opp. Vol. I. T. III. p. 207 sqq.). — *B. W. Pfeiffer* D. de praelegatis. Marb. 1798.—*L. v. d. Pfordten* de praelegatis. Erl. 1832.—*Rosshirt* l. l. p. 250—287.

singulari successori, datur [1]). 1) Jam vero si ab omnibus heredibus relinquitur praelegatum [2]), ea quidem pars, quae ad suum ipsius onus praelegatarii pertinet, non censetur jure legati, nisi aut collegatarium ille habet [3]), aut hereditatem repudiat [4]), aut ei, ut indigno, hereditas eripitur [5]). 2) Quatenus autem a coheredibus solvendum est praelegatum, per omnia retinet legati naturam [6]), praeterquam quod etiam fam. erc. judicio peti potest [7]). 3) Unde etiam sponte sequitur, ut, quo major est cujusque pars in hereditate, eo sit minor pars in praelegato [8]). 4) Quodsi vero ex coheredibus eadem res duobus tantum vel pluribus, licet ex dispari parte institutis, legato relinquitur, tum pro virili portione inter eos dividetur [9]), eatenus scilicet, quatenus ab ipsorum coheredibus praestandum est legatum [10]). Caeterum, quamvis conditio heredis institutioni adscripta etiam in praelegato repetita esse censetur [11]), tamen non similiter ad eum, qui substitutus est heredi, pertinet praelegatum [12]).

§ 726. 2) *De fideicommissis perpetuo familiae relictis* (*).

Potest etiam jubere testator, ut deinceps alii ab alio restituantur, quae relicta sunt; quo in genere inprimis habentur fideicommissa, quae perpetuo relinquuntur familiae. Et familiae nomen hoc in loco refertur cum ad personas cognatione inter se junctas, tum vero, his quidem deficientibus, ad generum et nurum, ita videlicet, si morte filii vel filiae matrimonium fuerit dissolutum [1]). Jam vero, nisi certus succedendi ordo a testatore praestitutus est, res defertur ad proximum quemque ex eorum numero, qui ab intestato successuri sunt possessori [2]), hoc pacto, ut, qui ejusdem sunt gradus, pariter admittantur, tum vero idonee caveatur de re quandoque restituenda iis, ad quos proxime perven-

1) Vocatur etiam *praeceptionis emolumentum*. L. 16. C. *de fideic.* (VI, 42.) (cf. *Gaji* inst. II, 216—222.—§ 2. I. *de leg.*). — Quorum quidem legatorum multa in jure nostro inveniuntur exempla. Vid. v. c., praeter ea, quae seqq. not. commemorantur, L. 77. § 10. L. 88. pr. § 1. (« A te peto, Titi, fideique tuae committo, uti curam condendi corporis mei suscipias, et *pro hoc tot aureos e medio praecipito.* ») — § 2. 3. *de leg.* II.—L. 41. § 3. *de leg.* III.—L. 27. § 3. D. *de instr. leg.* (XXXIII, 7.) — Cf. et a) L. 28. et 33. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — et b) L. 35. D. *fam. erc.* — Cf. L. 14. D. *de dote prael.* (XXXIII, 4.) et *Westphal* von einzelnen Vermächtnissarten § 754.

2) De quo quidem dubitationi locus esse poterit. Vid. v. c. L. 25. § 22. D. *fam. erc.*—L. 34. § 1. et 3. *de leg.* II. — Cf. *Ferandi* explication. I, 32. (*Otto* thes. II. p. 559.).—De aliis causis quibusdam dubiis vid. *Westphal* von Vermächtn. I. § 80 — 92.

3) L. 34. § 11. D. *de leg.* I. — L. 116. § 1. *eod.*

4) L. 17. in f. L. 91. § 2. in f. *de leg.* I.— L. 12. C. *de legat.* (VI, 37.)—L. 87. *de leg.* I.— Caeter. vid. a) L. 88. *eod.* — b) L. 55. § 3. in f. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) (§ 755. not. 10.). — Vid. et infra not. 11.

5) L. 18. § 2. D. *de his, quae ut indign. aufer.* (XXXIV, 9.)

6) a) L. 75. § 1. *de leg.* II. — *Averan.* interpr. IV, 5. nr. 3.—b) L. 1. C. *si cert. petat.* (IV, 2.)

7) L. 17. § 2. *de leg.* I. — Cf. not. 8. et 10. — Vid. et *Rosshirt* l. l. p. 285 sq. et *Marezoll* l. l. p. 286—288.

8) L. 34 § 12. *de leg.* I. « *Inde* dicitur (not. 3.), *si duo sint heredes*, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit unciarum heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam. » (Cf. *Westphal* l. l. I. § 84. 85. —*Rosshirt* l. l. p. 274 sq).

9) L. 67. § 1. *de leg.* I. « Si ex pluribus heredibus, ex disparibus partibus institutis, duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent. » (Cf. supra § 725. nr. 2. et not. 18.)

10) L. 2. pr. D. *de instructo vel instrum. leg.* (XXXIII, 7.)

11) L. 18. § 1. D. *de condit. instit.* (XXVIII, 7.) — L. 77. pr. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 17. § 3. D. *de doli mali et met. exc.* (XLIV. 4.)

12) L. 32. D. *de leg.* III.

§ 726.

(*) *J.F. de Retes* de fideic. perp. famil. relictis. (*Meerm.* thes. VII. p. 625—642.).

1) L. 69. § 4. *de leg.* II. — L. ult. C. *de V. S.* (VI, 38.)

2) Vid. not. seq. et arg. L. 3. pr. D. *de jure codicill.* (XXIX, 7.) — Cf. *Voet* ad Pand. XXXVI, 1. § 30.

tura est successio [3]). Quodsi rem alienavit possessor nulla necessitate cogente, statim ad eos plerumque defertur fideicommissi petitio, qui deinceps successuri sunt [4]), sin vero bona illius veneunt, tamdiu emtor id, quod familiae nomine relictum est, retinet, quamdiu, non divenditis bonis, apud possessorem erat remansurum [5]). Quoniam autem non admodum favetur jure Romano horum fideicommissorum causae, jam olim obtinuit, ut, si simpliciter familiae relictum esset fideicommissum, eorum omnium consensu, qui in ea familia essent, recte fieret, nec umquam convelli posset, alienatio [6]). Quibus haec etiam adjecit Justinianus, ut, si quid liberis esset relictum cum alienationis prohibitione, liberorum nomine non nisi filii filiaeve continerentur; sin infinite testator declaraverit, velle se, ut perpetuo res aliqua in familia sua maneat, tamen post quatuor generationes, si quidem ultimus possessor per medium impuberem successor exstiterit, liberrimam haberet possessor alienandae rei facultatem [7]).

§ 727. IV. *Ordinandae voluntatis ratio.* (*Forma legatorum vel fideicommissorum.*)

Erat tanta olim inter legata et fideicommissa formae dissimilitudo, ut illa quidem non nisi testamento solenni certisque adhibitis formulis dari possent [1]), fideicommissa vero et extra testamentum, et quacunque ratione potuit, relinqui fas esset [2]). Quemadmodum autem formularum usus in legatis interiit: sic contra fideicommittendi nimium dissoluta et velut fluctuans consuetudo, quae omnem testamentorum rationem atque ordinem paene perturbaverat (not. 2.), cohibita est certisque constricta regulis, atque eo res pervenit, ut in utrumque genus una conveniret eademque juris forma [3]). Plerumque igitur non valent legata vel fideicommissa, nisi aut solenni testamento, aut codicillis quinque testium confirmatis testimonio relicta sunt [4]), praeterquam quod ei, qui voluntate testatoris aliquid lucratur ex hereditate, *praesenti* potest injungi onus fideicommissi, quo facto aut praestare, quod ita relictum est, necesse habet, aut deferente adversario jurare, se nihil ejusmodi audivisse a testatore [5]). Quid? quod etiam tacite potest fideicommitti [6]), velut rogando heredem, ut alium heredem instituat [7]),

3) L. 69. § 3. *de leg.* II.

4) Not. seq. et L. 69. § 4. *de leg.* II. *verb.:* « sed si domus ad exterum quandoque pervenerit». — L. 77. § 27. *eod.* — L. 114. § 15. 16. *de leg.* I. — L. 78. § 3. *de leg.* II. — Caeter. vid. a) L. 114. § 17. 18. *de leg.* I. — L. 4. C. *de fideic.* (VI, 42.) — b) L. 38. § 5. *de leg.* III.

5) L. 69. § 1. *de leg.* II.

6) L. 120. § 1. *de leg.* I. — L. 77. § 27. *de leg.* II. — L. 11. C. *de fideic.* (VI, 42.) — [Cf. Cod. Nap. 896.]

7) Nov. 159. — *Marezoll* in *Grolmani* et *Loehrii* Magazin IV. p. 203 — 207. — *Westphal* von Vermächtnissen und Fideicommissen T. I. § 356. — inprimis vero *Pfeiffer* pract. Ausführ. T. III. p. 54 — 68.

§ 727.

(1) *Gaji* inst. II. § 192 sqq. — *Ulp.* Fr. XXIV. — § 2. I. *de legat.* (cf. supra § 720. not. 1.).

2) Quorum etiam Justinianeo jure vestigia adsunt ejusmodi, quae novissimi juris rationi minime conveniunt, velut L. 75. pr. *de leg.* II. — L. 21. pr. *de leg.* III. — L. 22. C. *de fideic.* (VI, 42.) — L. 77. *de leg.* I. (cf. § 685. not. 2.). — L. 1. § 1. et 5. D. *de leg.* III.

3) L. 21. C. *de leg.* (VI. 37.) (cf. § 720.).

4) L. 8. § 3. C. *de codicill.* (VI, 36.) (cf. § 685.)

5) Cf. L. ult. C. *de fideic.* et inprimis § 12. I. *de fideic. hered.* — (*J. H. Boehmer* exercit. ad Pand. V. Nr. 78. c. II. § 3 sqq.). — Vocant vulgo *fideicommissum onerato praesenti injunctum.* — [Hanc constitutionem et ad fideicommissa onerato non praesenti injuncta referendam esse censent *Loehr* in Arch. f. civ. Pr. II. p. 188. Nr. 3. — *Schrader* ad § 12. I. *de fid. her.* v. *audivit* — *Rosshirt* l. l. T. I. p. 66 — 73.; quos si sequeremur jus antiquum Justiniani constitutione denuo instauratum esse statuere nos oporteret. Quae interpretatio neque cum legis citatae verbis, neque cum ceteris Digestorum principiis convenit. — E. G.]

6) Caeterum taciturum nomine fideicommissorum ea significarunt veteres, quae in fraudem legis relinquerentur, L. 103. *de leg.* I. — L. 10. et 11. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV, 9.) — L. 3. § 3. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — L. 1. C. *de delat.* (X, 11.)

7) L. 114. *de leg.* I. — L. 17. pr. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) — L. 77. § 25. D. *de leg.* II. — *Hasse* in Rhein. Museum III. p. 599 sqq. (nr. 46. 47.)

aut cum alio rem partiatur vel etiam certa parte contentus sit [8]), tum vero alienationem prohibendo rerum relictarum, dummodo de persona haud dubitetur, cujus potissimum causa haec ita statuerit testator [9]). Contra vero conditio haec: *si sine liberis decesserit fiduciarius*, tacite inesse tum videbitur fideicommisso, cum liberis ipsius testator, necdum progeniem habentibus, ut post mortem suam hereditatem eis relictam alii restituant, onus imposuit [10]).

§ 728. V. *De jure legatorum vel fideicommissorum generatim exponitur.* A) *Quando dies legatorum vel fideicommissorum et cedat et veniat* (*).

I) Cedit dies [1]) in iis quidem legatis vel fideicommissis, quae pure relicta sunt, quaeque omnino ad heredes transmittuntur legatarii vel fideicommissarii [2]), ex mortis tempore testatoris [3]). Quibus similia sunt, quae ex die relinquuntur, eoque tali, qui non est instar conditionis [4]). In reliquis omnibus, sive conditio adjecta sit sive dies, non prius transfertur jus ad heredes, quam aut impleta sit conditio aut tempus exstiterit [5]). Quemadmodum autem, quod pure datum est, si sub conditione adimitur, velut conditionale habetur legatum [6]): sic contra eorum, quae aut sub eadem conditione, qua heres institutus est, aut a substituto relicta sunt, statim a morte testatoris dies cedet [7]). II) Venit dies in puris quidem legatis vel fideicommissis ab aditae hereditatis tempore, in reliquis vero id etiam accedat necesse est, ut aut impleatur conditio, aut dies exstiterit, si qui adjectus est solutionis causa [8]); idque ad voluntatis quaestionem maxime referendum est [9]). Quodsi ita quis oneratur, ut, *cum volet*, hereditatem restituat vel rem aliquam (quod quidem conditionale est legatum), post mortem ejus fideicommissum esse relictum dicendum est [10]).

8) L. 19. § 1. L. 78. pr. D. *ad SCt. Treb.* — L. 69. pr. *de leg.* II. — L. 11. § 4. *de leg.* III.

9) L. 74. pr. D. *ad SCt. Treb.* — L. 114. § 14. *de leg.* I. — L. 77. § 24. *de leg.* II. (*Hasse* l. l. p. 503 sq.). — L. 38. § 4. et L. 93. pr. *de leg.* III. — Nec vero nudae alicujus personae commendationi inest fideicommissum, L. 11. § 2. *de leg.* III.; non magis quam alienationis probibitio simpliciter facta.

10) L. 102. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. 3. C. *de fideic.* (VI, 42.)

§ 728.

(*) Dig. (XXXVI, 2.). Cod. (VI, 53.) *qu. dies leg. v. fideic. ced.* — *J. H. Boehmer* exerc. ad Pand. V. Nr. 79. (de different. legator. puror. et non puror. *rel.*) § 1—17. — *Rosshirt* l. l. p. 461—481.

1) De loquendi formulis: *cedit*, *venit dies*, vid. L. 213. pr. D. *de V. S.* (L, 16.) — Cf. L. 5. pr. D. *h. t.*

2) Nam vid. L. 2. L. 3. L. 5. § 1. L. 9. L. 16. § 2. D. *h. t.* — L. un. § 2. D. *qu. dies ususfr. leg. ced.* (VII, 3.) — L. 16. D. *de opt. leg.* (XXXIII, 5.) — L. un. § 16. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) — Cf. et § 737.

3) L. 7. pr. § 1. et 2. L. un. § 1. et § 5. C. *de cad. toll.* (L. 5. § 1. L. 19. § 3. D. *h. t.*). — Cf. *Ulp.* Fr. XXIV, 31. et ib. *Cujac.* et *Schulting*. — Haec autem omnia, quae de transmissione ad heredes praecipiuntur, etiam ad hereditates fideicommissarias pertinere, invictis argumentis docuit *Averanius* interpret. IV. c. 6—8.

4) L. 5. § 1. L. 21. pr. D. *h. t.* — L. 4. § 1. *eod.* (cf. § 651. not. 4.).

5) L. 4. pr. L. 5. § 2. L. 21. pr. (verb.: *At si incerta* rel.) D. *h. t.* — L. un. § 7. C. *de cad. toll.* (cf. § 651. not. 3.). — Vid. et L. 22. pr. D. L. 3. C. *h. t.* — Quibus contraria non est L. 5. C. *h. t.*, non magis quam L. 26. § 1. D. *eod.* et L. 46. D. *ad SCt. Treb.* (cf. L. 49. § 1—3. *de leg.* I.). — *P. Perrenonii* animadv. II, 1. (*Otto* thes. I. p. 631.). — *Averan.* interpr. II, 16. nr. 11 sqq. — Vid. et *Westphal* l. l. T. I. § 588. T. II. § 912. et § 1851.

6) L. 6. pr. D. *h. t.* (cf. L. 6. § 1. *eod.*). — L. 10. pr. D. *de adim. leg.* (XXXIV, 4.)

7) L. 21. § 1. D. *h. t.* (cf. § 649. not. 2.). — L. 7. § 3. *eod.*

8) L. 32. pr. *de leg.* II. — L. 21. pr. D. *h. t.* — Caeterum fideicommissum, quod a patre herede instituto relinquitur filio ipsius, cum de tempore nihil adjicitur, tacite in id tempus, quo sui juris factus fuerit filius, relictum esse videtur. L. 11. § 10. *de leg.* III.

9) *Zimmern* Arch. f. civ. Pr. IX. Nr. XVIII. p. 357 sqq. (cf. *Waechter* in ephem. Tub. II. p. 181 sqq. et *Puchta* in ephem. Erl. VI. p. 7 sqq.). — *Rosshirt* l. l. p. 404.

10) L. 11. § 6. L. 41. § 13. D. *de leg.* III.

§ 729. B) *De obligatione et actione inter oneratos, eosque, qui honorati sunt.*

Is qui oneratur, adeundo hereditatem vel accipiendo id, quod ipsi relictum est, quasi ex contractu ad solvendum legatum vel fideicommissum obligatur [1]), unde in personam actio ad consequendum legatum vel fidecommissum honorato comparata est adversus eum, cui onus impositum est a testatore [2]). Cujus quidem obligationis nomine oneratus, qui praeter id, quod restituendum est, nihil retinet ex hereditate, dolum tantum et latam culpam praestat, sin secus, propter levem culpam plerumque tenetur [3]), praeterquam in fideicommissis hereditatum [4]). Quodsi nec culpa interveniente onerati nec mora damnum datum est, tum non nisi eo continetur officium ejus, ut vel actiones, si quas habet, mandet honorato, vel caveat ei, de re quandoque, cum ad ipsum denuo pervenerit, restituenda [5]). Singulare est jus piorum corporum, siquidem oneratus, qui ultra sex menses, ab insinuatione testamenti numerandos, solutionem legati distulerit, jam mortis tempore testatoris in mora fuisse videtur [6]). Est praeterea dupli poena adversus eos constituta, qui vel inficiati essent legata aut fideicommissa piis corporibus relicta, vel usque eo distulerint solutionem, ut in judicium rem venire paterentur [7]).

§ 730. C) *De cautione legatorum vel fideicommissorum nomine praestanda* (*).

Cum ex die vel conditione legatum sive fideicommissum relinquitur, vel alioquin moram aliquam habet relictorum praestatio, cavere honorato de praestando quandoque legato vel fideicommisso is debet, qui oneratus est [1]). Quod ni fiat, in bona mittendi sunt legatarii aut fideicommissarii [2]), hereditaria illa

§ 729.

1) Cf. § 5. I. de obl., *quae qu. ex contr.*— L. 5. § 2. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)—Quam quidem obligationem non ad solos pertinere heredes, argumento est L. 108. § 12. *de leg.* I. — Cf. *Rosshirt* l. l. T. I. p. 507 sq. not. 3.

2) Cf. not. 1. et L. 84. in f. L. 85. *de leg.* I. — L. 1. C. *h. t.* (VI. 43.)—*Rosshirt* l. l. T. I. p. 501—504. (contra *Hollium* in *Hugonis* civil. Mag. T. VI. Nr. XVIII.)—Atqui in rem actio, quam hac ipsa lege imperator iis constituit, quibus singulare fideicommissum restituendum sit, ad universales, ut vocant, fideicommissarios non magis pertinet, quam hypothecaria. Vid. *Meissner* stillschw. Pfandr. § 179. —*Glück* Pand. XIX. p. 168. — Dissent. *Loehr* in *ejus* et *Grolmani* Mag. IV. p. 90 sqq. et Archiv f. civ. Praxis V. p. 211 sqq.— Sed. vid. § seq. not. 2., tum vero supra § 720. not. 8. et *Rosshirt* l. l. p. 506 sq.

3) L. 108. § 12. *de leg.* I.—L. 47. § 5. *eod.*

4) Ubi plerumque non nisi dolus praestatur, L. 22. § 3. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) (cf. et infra § 754. not. 13.); contra vero, quicunque oneratur testamento, proprium ipsius factum omnimodo necesse habet praestare, § 16. I. *de leg.*— L. 112. § 1. D. *de leg.* I. — L. 25. § 2. in f. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) et supra § 301. not. 5. in f.— Vid et *Rosshirt* l. l. p. 492 sq.

5) Cf. L. 47. § 2—4. L. 69. § 5. *de leg.* I. — Cf. L. 39. pr. *eod.*

6) L. 46. § 4. C. *de episc. et cler.* (I, 3.)—Nov. 131. c. 12.

7) § 19. et 26. I. *de act.*

§ 730.

(*) Dig. (XXXVI, 3.) *ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur* — Cod. (VI, 54.) *ut in possessionem legatorum, vel fideicommissorum servandorum causa mittatur, et quando satisdari debent.*— *Rosshirt* l. l. T. I. p. 509—518. (§ 9.)

1) L. 1. pr. L. 14. pr. L. 15. pr. D. *h. t.* — L. 1. § 1. 6. 7. 8. 12. § 19. in f. L. 15. § 1. D. *h. t.* — L. 5. § 20. *ut in possess.* rel. (XXXVI. 4.) — L. 1. § 3—5. D. *h. t.*—L. 16. *eod.*—Caeterum plerumque *satisdatione*, i. e. fidejussoribus datis cavendum est. L. 7. D. *de praetor. stipul.* (XLVI, 5.) (§ 127.). —L. 1. pr. et in f. L. 6. pr. D. *h. t.* rel.— Exc. est a) L. 7. in f. D. *h. t.* — b) L. 6. § 1. *eod.*

2) Dig. (XXXVI, 4.) *ut in possess. legator. v. fideicomm. servand. causa esse liceat.* — L. 1. § 2. D. *h. t.* — L. 3—6. C. *eod.*—De cujus missionis vi ac potestate vid. § 157. et infra not. 4. Cf. et L. 14. D. *ut in possess.* rel.— Atque in bona missiones, quae legatorum fideivecommissorum nomine fierent, sublatas esse Justin. jure, affirmat *Loehrius* (Magaz. III. p. 195., et Archiv f. civ. Pr. V. p. 208. 209. not. 3.). — Verum enimvero in rem missionem, quam improbavit Justinianus (v. c. L. 1. et L. 3. § 2. C. *commun. de leg.*), ad hanc

quidem; nisi si aut dolo fecit debitor, quo minus ipse possideret bona, aut post sex menses etiam cessavit satisdare: tum etenim et in propria oncrati bona mittuntur, qui honorati sunt, hac quidem vi, ut fructus quoque inde percipiant eosque primum in usuras, deinde in sortem sibi debitam imputent[3]. Non solum autem remitti potest cautionis officium cum a testatore[4]), tum ab eo, qui petere illam potest[5]), verum etiam sua sponte cessat et propter privilegium[6]), et propter genus legati[7]), et propter ipsius, cui debetur legatum vel fideicommissum, negligentiam, si quidem omissa satisdatione litem contestatus sit relictorum nomine[8]); denique cum aut constat, nullo modo deberi legatum vel fideicommissum[9]), aut certe ea de re judicio statim potest constare[10]).

§ 731. VI. *De acquirendis, agnoscendis, repudiandis legatis vel fideicommissis* (*).

Acquiritur jus honorato ipso jure, simulatque cessit legati vel fideicommissi dies (§ 728.), ignorantibus quoque[1]), hac quidem potestate, ut ad ipsius heredes transmittatur[2]). Quoniam autem invitis non obtruduntur liberalitates[3]), in arbitrio est positum legatarii, utrum ad se pertinere velit legatum, an repudiare[4]). Igitur ut pleno cum effectu jus sit quaesitum, agnitione opus est; qua quidem facta et onera rei adhaerentia incommodaque ad legatarium pertinebunt[5]), ac praeterea tum reddere heredi necesse habet, quae legatarum rerum nomine impensa solutave sunt[6]), juraque confusione amissa eidem restituere[7]), tum vero implere, quae propter legatum vel fideicommissum ipsi sunt injuncta[8]). Contra repudiatio efficit, ut numquam jus apud legatarium fuisse videatur[9]), nec repudiati juris datur receptio, nisi ex diversis causis delatum sit jus[10]). Neque vero ejusdem legati pars adquiri, pars repudiari potest[11]), licet id qui-

nostram minime esse referendam missionem, quae propter satisdationem non praestitam impetrari soleret, sed ad praetorias istas velut ambages, quibus effectum sit, ut propesimiles legatariorum essent fideicommissarii, singulares illi quidem, nimirum in rem actionibus carentes (*Paulli* sent. rec. IV, 1. § 15. et ib. *Cujacius Schultingius*que; —cf. *v. de Water* obs. II, 5. p. 143.): id manifesto apparet cum ex iis verbis, quae principio leguntur L. 1. C. laud., tum vero tot locis, de legatarior. vel fideicommissarior. missione, in jure nostro reliquis, quae non nisi propter antiquas causas esse recepta nemini facile persuadebit *Loehrius* (cf. et *Glück* Pand. XIX. p. 166. not. 63.). Accedit etiam illud, quod missionum non fuit ea causa isque finis, ut talia constituerentur missis jura, qualia sunt, quae Justinianus tribuit his, quibus legatum relinquitur vel speciale fideicommissum. — Caet. cf. *Rosshirt* l. l. p. 516 sq. — *Marezoll* l. l. p. 130 sqq.

3) L. 5. § 16. et 21. D. *ut in possession.* (XXXVI, 4.) — Vocant missionem Antoninianam (*Stieber* de bon. emt. apud. vet. Rom. p. 29.). — Caet. cf. *Marezoll* l. l. p. 127 sqq.

4) L. 2. L. 4. in f. L. 7. C. *h. t.* — L. 77. in f. D. *de cond. et dem.* (XXXV, 1.) — L. 12. D. *h. t.* (XXXVI, 3.).

5) L. 46. D. *de pact.* (II, 14.)

6) a) L. 1. § 18. D. *h. t.* (§ 127. not. 8. 9.) — b) L. 7. D. *h. t.* — L. 6. pr. et § 1. C. *ad SCt. Treb.* (VI, 49.) — L. 50. D. *eod.* (XXXVI, 1.)

7) L. 1. § 2. D. *ut in possess.* (XXXVI, 4.)

8) L. 1. § 9. 10. D. *h. t.*

9) L. 14. § 1. D. *h. t.*

10) L. 3. pr. et § 1. D. *ut in poss. leg.*

§ 731.

(*) *H. Donelli* comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 18.

1) L. 80. D. *de legat.* II. — L. 6. C. *quando dies leg. vel fideic. ced.* (VI, 53.) — L. 44. § 1. D. *de leg.* I. — L. 77. § 3. D. *de leg.* II.

2) Vid. supra § 728. not. 3. — Quemadmodum igitur peti non potest legatum, antequam dies legati venerit (§ 728. nr. II.), sic nec dominium rei legatae eo solo transit, quod dies legati cessit (§ seq. not. 1.).

3) L. 19. § 2. D. *de donationib.* (XXXIX, 5.)

4) L. 44. § 1. D. *de leg.* I. — L. 59. D. *de leg.* II. (vid. et not. 9.).

5) L. 39. § 5. D. *de leg.* I. — Cf. § 734. not. 5.

6) L. 58—61. D. *de leg.* I.

7) L. 18. D. *de servitut.* (VIII, 1.) — L. 70. § 1. L. 116. § 4. D. *de legat.* I. (cf. § 698. nr. III. et infra § 734. not. 5. § 755. not. 10. et 12.).

8) L. 55. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) — L. un. § 4. in f. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) — § 1. I. *de singul. reb. per fideic. rel.* — Cf. supra § 725. not. 1—5.

9) L. 38. § 1. L. 86. § 2. D. *de leg.* I.

10) L. 101. D. *de leg.* I. — L. 59. *de leg.* II.

11) L. 38. pr. D. *de leg.* I. — L. 4. D. *de leg.* II. — igitur qui in partem repudiat, totum retinere necesse habet. L. 58. D. *de leg.* II.

dem plerumque fieri possit, ut is, cui plura relicta sunt legata, alia adquirat, alia repudiet[12]). Quemadmodum autem repudiari ante nequit legatum, quam pure delatum est honorato[13]): sic, dum deliberat legatarius, jus manet integrum ipsi heredibusque, aut agnoscendi, aut repudiandi legatum[14]).

TIT II. DE LEGATIS ET SINGULARIBUS FIDEICOMMISSIS.

§ 732. I. *Singulae legatorum vel fideicommissorum formae* (*). A) *Rei corporalis s. proprietatis legatum* 1) *per se ac simpliciter spectatum.*

Proprietatis legatum est, quo rerum dominia transferuntur. Et res quidem aut propria est testatoris, aut aliena[1]). Praeterea, quemadmodum et partem rei testator, quae tota ad ipsum pertinet, legare potest: sic etiam communis rei legatum recte relinquitur, quo facto dominium rei ad legatarium transit pro ea quidem parte, quae fuit apud defunctum[2]). Aliena autem res aut ad heredem spectat, omninoque ad eum, qui oneratus est, aut ad ipsum legatarium, aut ad extraneum. Et qui oneratus est, earum rerum, quae in ipsius sunt patrimonio, agnoscere atque implere necesse habet legata, etiamsi suam existimavit rem testator[3]), dummodo tantundem ad minimum ex hereditate ad eum pervenerit, velut compensationis loco, quantum ex sua pecunia alii inferre jussus est[4]). Quodsi apud ipsum, cui legatur, dominium est rei legatae, plerumque inutile est legatum[5]), nisi aut post conditum testamentum oneroso titulo eandem legatarius nactus est rem[6]), aut ad rem tradendam obligatus erat testatori[7]), aut jus in ea re defunctus habuit[8]), aut adjecta conditione: *si eam rem vivo testatore alienaverit*, scriptum sit legatum[9]). — De ea vero re, quae extranei est, mox separatim videbimus.

§ 733. 2) *Singulatim* a) *de rebus, quae in extraneorum sunt dominio.*

Extranei rem aut ut suam testator reliquit, aut ut alienam I). Si illud est, rem quidem in hereditate inventam et tamquam testatoris vel ab herede traditam, vel alio modo, at sine vitio, ab honorato possessam, *pro legato* usucapiendo suam legatarius facere potest[1]); alioquin nihil ei debetur, praeterquam 1) si aut idem aut aliud pro illo legaturum fuisse testatorem, si scisset alienum, pro-

12) L. 5. pr. L. 23. D. *de leg.* II.—L. 34. § 14. D. *de leg.* I.—L. 10. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2.)—Exc. vid. L. 5. § 1. D. *de leg.* II. — Caeterum cum genus legatur, aut uno nomine plures res comprehenduntur, unum est legatum, sin plures res nominatim legantur, plura sunt legata. L. 34. § 14. D. *de leg.* I.—L. 2. L. 6. D. *de leg.* II. — Cf. et L. 25. pr. D. *quando dies leg. ced.* (XXXVI, 2.) et L. 34. § 14. D. *de leg.* I.

13) L. 45. § 1. D. *de leg.* II.—*Averanii* Interpret. jur. Lib. II. c. 16. nr. 20. 22. 23. (Caeter. vid. L. 21. pr. D. *quando dies leg. ced.* XXXVI, 2.)

14) L. 15. (16.) D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) — L. 31. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.)

§ 732.

(*) *E. C. Westphal* System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissarten. Leipz. 1793.

1) *Greg. Majansii* Disp. jur. T. I. Nr. XX. p. 341 sqq.

2) L. 5. § 1. et 2. D. de leg. I.—Cf. *Vinnius* sel. jur. quaest. II, 26.

3) L. 67. § 8. D. *de leg.* II.

4) § 1. I. *de singulis rebus per fideic. rel.* — L. 25. C. *de fideic.* (VI, 42.)—L. 114. § 7. *de leg.* I.—L. 70. § 2. in f. —L. 77. § 31. *de leg.* II.

5) § 10. I. *de leg.* (cf. not. seq. et omnino *Rosshirt* T. II. p. 145—148.)

6) § 6. I. *de leg.*—L. 108. § 4. D. *de leg.* I.—Cf. § 9. I. *de leg.*—L. 82. § 2. D. *de leg.* I.

7) L. 39. § 2. D. *de leg.* I.

8) L. 71. § 5. L. 86. pr. et § 4. D. *de leg.* I.—Cf. et L. 43. § 3. *eod.* — *Westphal* von Vermächtn. T. I. § 244.

9) L. 1. § 2. D. *de reg. Caton.* (XXXIV, 7.)

§ 733.

1) L. 4. 5. 6. 8. 9. D. *pro legato.* (XLI, 8.) (cf. § 265. not. 12.)

babilibus argumentis legatarius efficiat, velut probando, e conjunctarum cum esse numero personarum[2]); aut si 2) fiduciarius, praecepta certa re, bona testatoris omnia, nihil quicquam praeterea retento, alii restituere rogatus sit[3]). II) Sin tamquam aliena legatur, aut redimere rem oneratus eamque praestare tenetur, aut, si fieri hoc nequit, aestimationem ejus dare legatario[4]). Testatoris autem error nihil nocet legatario, cum ille suam rem legavit quasi alienam, vel ipsius etiam legatarii, siquidem plus sit in veritate, quam in opinione[5]).

§ 734. b) *Quo jure in reliquis causis acquiratur legatum.*

Quodsi res legatur, de qua statuere licet testatori, statim ab adita hereditate dominium recta via transit in legatarium[1]), vel fideicommissarium[2]), una cum commodis[3]) atque accessionibus[4]), plerumque etiam cum incommodis oneribusque[5]), omninoque eo jure, quo fuit apud defunctum[6]). Igitur nec vitiorum nomine praestare quicquam necesse habet oneratus[7]), nec propter rem evictam[8]), nec fere propter servitutum onus[9]), earum scilicet, quae praediis adhaerent; nam si ususfructus alienus est, ex iisdem regulis res aestimabitur, quas de rerum alienarum legatis cognitas habemus[10]). Quodsi pignori res obligata est, si quidem scisse id testatorem legatarius probaverit[11]), ab herede pignus luendum est, nisi si de contraria defuncti voluntate alio modo constet; sin nescierit testator, rem esse oppigneratam, plerumque ad legatarium pertinebit luendi onus, praeterquam si, aut ex personarum conjunctione aut aliunde adsumtis argumentis, probabile fiat, sine onere rem, vel etiam aliam pro illa, relicturum fuisse testatorem, si obligatam eam esse compertum haberet[12]).

2) L. 10. C. *de legat.* (VI, 37.) — § 5. I. *de leg.* — Cf. L. 77. § 8. *de leg.* II. (§ 721. not. 3. b.). — Vid. et § seq. not. 12.

3) L. 72 D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)

4) § 4. I. *de leg.* — L. 39. § 7. L. 71. § 3. *de leg.* I. — L. 30. in f. *de leg.* III. (*Gaji* inst. II, 202. — *Ulp.* Fr. XXXIV, 8.). — Caeter. vid. c. 5. X. *de testam.* (III, 26.) et cf. *J. L. E. Püttmanni* Misc. lib. sing. c. 6.

5) § 11. I. *de leg.* (cf. § 95. not. 10.).

§ 734.

1) L. 80. in f. *de legat.* II. — L. 64. in f. D. *de furt.* (XLVII, 2.) — L. 81. § 6. *de leg.* I. — L. 3. § 2. C. *comm. de leg.* (VI. 43.) — Nimirum cedit quidem legati dies ad vim transmittendi (§ 728. not. 3.), at dominium ante non quaeritur legatario, quam hereditas acquisita est heredi. L. 69. pr. *de leg.* I. — L. 13. § 3. L. 15. pr. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.); cf. et quae de servitutum confusione multis in locis praecipiuntur, v. c. L. 116. in f. *de leg.* I. — At vix est, quod iterum admoneamus, ex ipsius legatarii voluntate omnem hujus acquisitionis vim pendere. L. 38. § 1. L. 86. § 2. *de leg.* I. (cf. § 731. not. 3. 4. 9.).

2) L. 1. 2. C. *comm. de leg.* (VI, 43.) — L. un. § 5. C. *de cad. toll.* — Cf. *Weber* ad *Hoepfner* § 584. not. *. — Cf. et *Marezoll* l. l. p. 280 sqq. — Dissent. (*Hübner*) Zus. u. Bericht. zu *Hoepfner* p. 95 sqq.

3) Nonnunquam etiam aditum heres, necessarium illum quidem, praestare debet legatario. L. 10. D. *de S. Pr. U.* (VIII. 2.)

4) L. 24. § 2. D. *de leg.* I. — L. 39. *de leg.* II. — L. 16. *de leg.* III. — L. 91. § 5. D. *de leg.* III. — L. 31. *eod.* (§ 226. not. 7.). — L. 91. § 3 — 6. *eod.* Omninoque cf. quae supra (§ 226.) de successionibus, quae *pertinentiae* vocantur, praecepta sunt. — Caeterum cum fundus simpliciter legatur, instrumentum fundi non continetur legato. L. 2. § 1. D. *de instr. leg.* (XXXIII, 7.) — L. 14. D. *de supell. leg.* (XXXIII, 10.) — Cf. L. 3. pr. D. *de instr. leg.* — Vid. et L. 44. et L. 86. D. *de leg.* III.

5) L. 116. § 4. *de leg.* I. — L. 18. D. *de servit.* (VIII, 1.)

6) L. 45. § 2. *de leg.* I.

7) Arg. L. 45. § 1. 2. *de leg.* I.

8) Nov. 112. c. 1. *vers.*: « et hoc autem praesenti » *rel.* (Caeter. cf. § 733.).

9) L. 69. § 3. *de leg.* I. « — Quodsi ita legatus sit: *uti optimus maximus*que, liber praestandus est.

10) Nam de usufructu vid. a) L. 66. § 6. *de leg.* II. — *J. Gothofr.* animadv. c. 20. (ap. *Otton.* thes. III. p. 518 sqq. — *Rosshirt* l. l. T. II. p. 162 sqq. — b) L. 26. et L. 76. § 2. *eod.* (cf. § 733.). [Cf. et Cod. Nap. 610 sq. 1020.]

11) L. 21. D. *de probationib.* (XXII, 3.) — [Cf. et Cod. Nap. 871. 1020.]

12) L. 57. D. *de leg.* I. — Cf. § 5. I. *de leg.* et L. 6. C. *de fideicommiss.* (VI, 42.) — L. 3. C. *de leg.* (VI, 37.) — *Auctoris* obs. jur. rom. c. 2. § 4. 5. et *ejusd.* diatr. in Archiv f. civ. Pr. T. XV. Nr. XVIII. — Dissent. *Rosshirt* T. II. p. 165 sqq.

— Caeterum exstincta re legata, ac rursus restituta, legatum debetur legatario [15]).

§ 735. B) *Genus legatum et alternativum, s. disjunctivum* (*).

I) Genus legatum vocamus, quo res singulae, una vel plures, ex genere aliquo, specie tamen non definitae legantur. Quod quidem legatum, si res continet ex mobilium genere, easque tales, quae ad hominum utilitatem, omnes ac singulae, natura sua referuntur, utique valet, sive id genus rerum in patrimonio suo habet testator, sive non habet [1]). Sin soli res generaliter legantur, aedium quidem, si quae sunt in hereditate, item est utile legatum [2]), at aliorum fundorum non valet legatum, nisi certa demonstratur fundi species [3]). Quatenus igitur utilitatem habet hujusmodi legatum, penes legatarium est electio, nisi aliud constituerit testator [4]), scilicet differentia illa sublata, quae formularum usu in hanc quoque eligendi facultatem sponte olim redundarat [5]). Neque vero ideo minus locum habet eligendi jus in mobilibus quidem rebus, quod forte ex eo genere res testator nullas reliquit [6]), quamvis, si quae inveniuntur in hereditate, cum heres eas exhibere tenetur legatario [7]), tum vero is alienas eligere prohibetur [8]). Eo etiam circumscribitur legatarii electio, quod nec optimam quamque rem eligere possit [9]), praeterquam si testator ex hereditariis rebus optare legatarium jusserit [10]), quod quidem optionis s. electionis legatum vocatur [11]). Quo cum olim nonnisi ipse uti posset legatarius, tamen a Justiniano, ut ad heredes quoque electionis legatum transmitteretur, constitutum est [12]). Potest ex testatoris constituto et ad heredem pertinere electio, qui quidem non pessimam quamque eligat ex eo genere rem [13]), et ad extraneum, qui si intra annale tempus non elegerit, jus defertur legatario, id duntaxat, quod, etiamsi nihil de electione statutum esset testamento, ad eum pertineret [14]). Evicta re nova datur electio, quoad quidem ex eo genere res aliqua superet [15]); alioquin vero, quae facta est electio, nequit mutari [16]). Caeterum II) simile, ut in generis legato, jus est, cum duae res, vel etiam plures, disjunctim legantur [17]); vocant

15) L. 79. § 2. 3. *de leg.* III.

§ 735.

(*) Dig. (XXXIII, 5.) *de optione vel electione legata.* — *Vinnius* Comment. ad § 22. I. de legat. — *G. C. Gebaueri* exercit. de optione vel elect. leg. (exerc. acad. I, 15.).

1) Cf. L. 25. § 17. D. *fam. ercisc.* (X, 2.) — L. 13. L. 37. pr. *de leg.* I. — Dissent. *Hofacker* T. II. § 1494. not. a.

2) L. 71. pr. *de leg.* I. — Cf. *Rosshirt* l. l. T. II. p. 15 sqq.

3) Arg. L. 71. pr. *de leg.* I. — L. 24. § 3. *eod.* — L. 69. § 4. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) (§ 357. not. 5.). — Caeter. cf. *Vinnius* l. l. nr. 3. in f.

4) L. 108. § 2. *de leg.* I. — L. 2. § 1. D. *h. t.* — § 22. I. *de leg.* (not. 10. et 11.).

5) Antiqui juris etiam supersunt vestigia in Justinianei juris libro, velut L. 45. § 1. *de leg.* I. — L. 45. § 3. *de leg.* II. — L. 29. § 1. in f. *de leg.* III. — Caeterum fieri hodieque posse, ut contraria defuncti voluntas ex ipsis legandi formulis colligatur, haud profecto est, quod dubitemus. — Cf. *Vinnius* l. l. nr. 5. in f. et 6. et supra § 720. in f.

6) Contrariam sententiam post *Joannem* Glossatorem et *Cujacium* etiam tuentur *Vinnius* l. l. nr. 7. et *Gebauer* l. l. c. 3.; scil. nulla usi ratione nisi ea, quae tamen sublata est Justinianeo jure: per vindicationem legato olim adhaesisse electionem, at nullam alienae rei fuisse vindicationem.

7) L. 4. et 14. D. *h. t.* — L. 3. § 6. D. *de exhib.* (X, 4.)

8) L. 2. § 2. D. *h. t.*

9) L. 37. pr. *de leg.* I. — L. 3. § 1. in f. C. *commun. de leg.* (VI, 43.)

10) L. 2. pr. D. *h. t.* et arg. L. 9. § 1. D. *de dolo malo.* (IV, 3.)

11) Cf. not. *. — *Ulp.* Fr. Tit. XXIV. § 14. et § 23. I. *de leg.* ibiq. *Vinnium.*

12) § 23. I. *de leg.* — De pluribus, ad quos communiter spectet optio, sive legatariis sive legatarii heredibus, iisque inter sese de electione dissentientibus, vid. § 23. laud. et L. 3. pr. C. *commun. de leg.*

13) L. 110. *de leg.* I. — L. 66. § 3. D. *de leg.* II.

14) L. 3. § 1. C. *comm. de leg.*

15) L. 71. § 1. C. *de leg.* I. — L. 29. § 3. *de leg.* III. — L. 58. D. *de evict.* (XXI, 2.)

16) L. 11. et 20. D. *h. t.* — L. 84. § 9. *de leg.* I.

17) L. 34. § 14. L. 84. § 9. L. 109. § 1. *de leg.* I.

alternativum legatum. III) Quodsi generatim res ex genere aliquo legantur, nec vero numerus earum definitus est, tres a legatario eligi posse placuit [18]). At IV) cum de certa aliqua re testator cogitavit, indefinita vero usus est oratione, utique erit heredis arbitrio relinquendum, ex pluribus rebus, quam velit, dare legatario [19]).

§ 736. C) *Universitas legata.*

Universitatis legato res continentur diversae, uno tamen nomine comprehensae, hoc pacto, ut non singulae res spectentur, quae legandi tempore insint in universitate, sed ad totum universitatis velut corpus referendum sit legatum[1]. Cujus quidem legati exempla potiora haec sunt: 1) hereditatis partitio legata; quo id continebitur legato, ut hereditatis pars quota ad aliquem, tamquam ad singularem successorem, pertineat[2]). Partem igitur hereditatis legatam, aut, si id malit, aestimationem ejus, heres restituat legatario, scilicet utrimque interpositis stipulationibus propter lucrum et damnum futurum, quae quidem partis et pro parte stipulationes appellatae sunt [3]). 2) Alienae hereditatis, sive testatori sive heredi delatae, legatum; cujus haec est vis, ut, quidquid ex ea hereditate tum, cum moritur testator, superest, id restituatur legatario[4]), non ut fideicommissario heredi, sed ut singularum rerum successori[5]). 3) Peculium legatum, scil. profectitium[6]). Eoque plerumque continentur res, quae mortis tempore testatoris inerunt in peculio[7]). 4) Taberna legata, quo quidem legato merces continentur, quae in taberna invenientur eo tempore, quo morietur testator, non tamen pecunia numerata, non magis quam ea, quae propter merces ex taberna venditas ab emtoribus debetur[8]). 5) Aurum et argentum legatum [9]); Idque pertinet ad aurum argentumque omne, quod reliquit testator, infectum pariter atque factum [10]). At nec nummi continentur hoc legato [11]),

—L. 19. et 23. *de leg.* II. — Cf. L. 25. pr. *quando dies leg. cedat.* (XXXVI, 2.)—Vid. *Cujac.* ad Lib. XVIII. Qu. Papin. (opp. posterior. T. I. P. I. ed. *Fabr.* p. 509 sqq.).—*Rosshirt* l. l. p. 25.

18) L. I. D. *h. t.*

19) L. 14. in f. L. 30. § 6. *de leg.* I. (vid. supra § 657. not. 4. in f.).—Cf. *Rosshirt* T. II. p. 3—6.

§ 736.

1) Cf. § 18. et 20. I. *de leg.* — L. 65. pr. *de leg.* II.—L. 28. D. *de instr. vel instrum. leg.* (XXXIII, 7.) (cf. § 223. atque ib. laudd. scriptores).— Caeterum separare etiam solent ab universitatis legato *generale*, ut vocant, *legatum*; quo continentur res plures aut specie, aut numero definitae, uno tamen appellatae nomine, velut *ancilla cum suis natis.* — Cf. § 17. I. *de leg.* — Cf. et L. 33. § 1. *de leg.* III. — L. 40. pr. D. *de auro arg. leg.* (XXXIV, 2.)

2) § 5. I. *de fideic. hered.* (cf. *Ulp.* Fr. XXIV, 25.). — Quod quidem legatum post formularum solennitatem sublatam usu etiam retineri juris rationi magis convenire videtur, licet non amplius ex verborum solennitate, verum ex testatoris voluntate, vis ejus aestimanda sit. — Cf. *Rosshirt* l. l. T. I. p. 138 sqq. (§ 3.) — Dissent. *Loehr* Magaz. IV. p. 92 sqq.

3) Cf. § 5. I. *de fideic. hered.*—L. 26. § 2. L. 27. *de leg.* I.—L. 8. § 5. *de leg.* II.—Cf. et L. 32. § 8. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2.)

4) Vid. L. 76. § 1. *de leg.* II.— L. 14. C. *de her. inst.* (VI. 24.) et cf. § 753. et *H. A. Heise* D. de aliena hereditate restituenda (Goett. 1816.) § 23—28.

5) L. 29. § 2. L. 34. § 2. *de leg.* III.— L. 27. § 9. 10. D. *ad SCt. Treb.* — L. 16. § 6. *eod.*— Caeterum cf. L. 16. § 5. *eod.*, de cujus quidem loci et lectione et interpretatione varie sentiunt docti homines. —Vid. *Westphal* II. § 1794.— *Heise* l. l. § 39 — 42. et qui ab eo excitantur scriptores.— *Rosshirt* T. I. p. 141.

6) Dig. (XXXIII, 8.) *de peculio legato.*

7) Cf. § 20. I. *de leg.* et L. 8. § 8. D. *h. t.* (XXXIII, 8.)

8) L. 91. § 2. *de leg.* III.— A quo quidem legato maximopere differebat illud, quo mensae negotium relinquebatur, L. 77. § 16. *de leg.* II.—Cf. *Westphal* von Vermächtn. I. § 208. — *Rosshirt* T. II. p. 37.

9) Dig. (XXXIV, 2.) *de auro, argento, ornamentis, mundo, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis.*—*Rosshirt* II. p. 59 sqq. (§ 7).

10) L. 78. § 4. D. *de leg.* III.— L. 19. pr. D. *h. t.* (XXXIV, 2.). — L. 34. pr. *eod.* At vel maxime hoc quoque in legato voluntas erit testatoris spectanda. — Vid. v. c. L. 19. § 8. L. 32. § 5. *eod.* et not. seqq.

11) L. 19. pr. L. 27. § 1. *eod.* — Ac multo etiam minus pecunia continetur, quae debetur hereditati L. 27. § 2. *eod.*

nec id, quod ex auro vel argento tamquam accessoria res aliis cedit rebus hereditariis [12]). Sunt praeterea alia hujus generis legata, quae quidem verbo commemorasse hoc in loco sufficiat, velut vestimentorum legatum [13]), item mundi, ornamentorum, unguentorum [14]), statuarum atque imaginum [15]), pecoris [16]), instructus vel instrumenti [17]), supellectilis [18]), mobilium [19]), librorum, tum etiam chartae [20]), nummorum [21]), ligni [22]), penoris [23]), et quae horum sunt similia [24]).

§ 737. D) *Rerum fungibilium s. quantitatis legatum.* 1) *Quantitatis legatae formae vulgares.*

Hujusmodi legati exempla vel maxime insignia sunt et pecuniae numeratae [1]), et earum rerum, quae esui potuique sunt [2]), ut tritici, vini [3]), olei, aceti, salsamentorum [4]). Quodsi igitur nulla adjecta quantitate id genus legati relictum sit, quidquid earum rerum invenitur in hereditate, legatario debetur [5]). Sin secus, tantum est praestandum legatario, quantum testator definivit, etiamsi aliunde id comparare necesse habeat oneratus [6]), nisi ex certo fundo ejusmodi quantitas legatur; quo quidem facto, plerumque non amplius debetur legatario, quam quod ibi natum est [7]). Poterit etiam, qui oneratus est, de qualitate rerum legatarum suo arbitrio statuere, nisi id, cujus generis dari debeant res, aut ex testamenti verbis, aut ex fundi adjectione, aut ex usu ac consuetudine vel regionis vel ipsius patrisfamilias, certo appareat [8]). Caeterum horum legatorum similia quodammodo sunt alimentorum ac redituum legata. De quibus jam separatim videbimus.

§ 738. 2) *Reditus legati.*

Est triplex horum legatorum genus. 1) Primum est annuorum, menstruorum

12) L. 20. L. 29. § 2. *eod.* (cf. § 225. not. 3.).

13) L. 22—24. L. 25. pr. § 1—9. L. 26. L. 33. *eod.*—Cf. § 221. not. 4. et § 289. not. 4.

14) L. 21. § 1. L. 25. § 10—12. L. 32. § 8. 9. L. 37. *eod.*—*Rosshirt* II. p. 64 sqq. (§ 8.)

15) L. 12. et 14. *eod.*

16) § 18. I. *de leg.* — L. 65. § 4. *de leg.* — Cf. L. 60. pr. L. 65. § 5. 6. L. 66. L. 81. § 1—3. *eod.*— *Rosshirt* II. p. 55 sqq. (Nr. e.)

17) Dig. (XXXIII, 7.) *de instructo vel instrum. leg.*—Cf. § 221. not. 3. et § 226. not. 13.

18) Dig. (XXXIII, 10.) *de supellect. leg.* — Cf. § 221. not. 2.

19) Vid. L. 79. § 1. D. *de leg.* III. (§ 220. not. 8. in f.). — *Averanii* interpr. II, 28. nr. 14. sqq. — Cf. et L. 44. L. 86. *de leg.* III. (vid. supra § 734. not. 4. in f.).

20) L. 52. pr. § 1—7. L. 76. *de leg.* III.

21) L. 75. *de leg.* III.

22) L. 55. L. 56. *de leg.* III.

23) Dig. (XXXIII, 9.) *de penu legata.*— Cf. § 221. not. 5.

24) Vid. v. e. L. 57. 58. *de leg.* III. — L. 70. *eod.*

§ 737.

1) L. 50. § 3. L. 51. *de leg.* I. — Cf. L. 96. pr. *eod.* et *Averanii* interpr. II, 27.—Vid. et *de Buchholtz* Versuche (Berl. 1831.) p. 18 sqq.

2) Dig. (XXXIII, 6.) *de tritico, vino vel oleo legato.*

3) Cf. L. 1. *h. t.* (« Vino legato acetum quoque continetur, quod paterfamilias vini numero habuit.»)—L. 9. § 2. *eod* —L. 2. pr. L. 3. § 1. («—vino legato—vasa quoque legata videri —, quia credibile est, mentem testantis eam esse, ut voluerit accessioni esse vino amphoras.— In doliis non puto verum, — — — maxime si depressa in cella vinaria fuerint (dolia), aut ea sunt, quae per magnitudinem difficile moventur— — ; utres non debebuntur, nec culeos quidem deberi dico.»)—L. 6. L. 14. 15. *eod.* —L. 9. pr. et § 2. *eod.* — L. 9. § 3. 4. L. 10. L. 11. («— anni prioris vinum appellatione veteris continebitur.»)—L. 11. L. 12. *eod.*

4) L. 7. pr. L. 9. § 1. L. 16. *h. t.*

5) L. 7. pr. in f. *eod.*

6) L. 3. pr. *h. t.*

7) L. 5. D. *h. t.*— Caeter. cf. L. 26. pr. *qu. dies leg. ced.* (XXXVI. 2.) — L. 12. D. *de alim. leg.* (XXXIV, 1.) et *Averan.* l. l. (not. 1.).

8) Cf. L. pr.—L. 10. *h. t.*—Plus etiam arbitrii in oleo legato concessum est oneratis (L. 4. *eod.*); quod tamen, cum singulare sit jus, cavendum est, ne ad alia quoque porrigamus.— Dissent. *Rosshirt* T. II. p. 79 sq. (Nr. c.)

aut aliorum, quae certis sunt diebus ex omni defuncti patrimonio praestanda [1]), nec vero per omnia naturam habent alimentorum [2]). Quorum id vel maxime proprium est, ut plura eis inesse videantur legata, hoc pacto, ut v. c. primi anni purum sit legatum, sequentium conditionale, scil. propter conditionem: si vivat, quae tacite inest legato [3]). Quemadmodum igitur non semel hujus legati dies cedit, sed in singulos annos [4]), i. e. cujuslibet anni ingressu [5]): sic etiam consequens est, ut praescriptionum tempora a singularum pensionum, velut a plurium obligationum, die currere incipiant [6]). Quodsi simpliciter hoc modo legatur, morte legatarii jus finitur [7]), fictae autem personae relictum perpetuo debetur legatum [8]). II) Secundum est genus redituum legatorum, qui ex certo fundo redeant; quo quidem legato non impeditur heres, quo minus fundum vendat et legatario offerat quantitatem, quam ex usu vel locatione fundi redigere consueverat testator [9]). III) Tertium est alimentorum legatum [10]). Atque simpliciter alimentis legatis cibaria quidem, et vestitus, et habitatio continentur, quae vero ad disciplinam spectant plerumque non continentur [11]). De quantitate autem legati, si quidem ea definita non sit testamento, judex statuat boni viri arbitrio, quod, quibus regatur principiis, vidimus supra, universim disserentes de alimentorum obligatione [12]). Caeterum tantus est horum legatorum in jure nostro favor, ut etiam iis recte relinquantur alimenta, qui alioquin nihil capiunt testamentis (§ 724. not. 2.), tum usque ad pubertatem relicta alimenta ad plenam pubertatem, ut vocant, praestanda sint [13]), praeterea nec certa alimentorum quantitas eo esse deminuta videatur, quod forte ex fundo quodam sumere eam jussit testator [14]), nec vero generali ademtionis formula alimentorum quoque legata contineantur [15]). — Sunt tamen communia quaedam hujusmodi legatis cum annuis et menstruis, velut haec, quod singulae pensiones, quatenus quidem certis temporibus sunt praestandae, singulornm habeantur instar legatorum [16]); at eo etiam differunt, quod capitis deminutione non finitur [17]), morte vero legatarii utique finitur jus [17a]).

§ 738.

1) Dig. (XXXIII, 1.) *de annuis legatis et fideicommissis.*—Potest etiam tacite hujuscemodi legatum relinqui. L. 17. § 1. *h. t.*

2) Neque contraria est L. 10. D. *de cap. min.* (IV, 5.) Etenim nemo erit, qui miretur, quid sit, quod annuorum legatorum nomen nonnunquam etiam ad alimentorum legata referatur, velut L. 18. § 3. D. *de alim. leg.*—L. 14. *h. t.*

3) L. 4. et 11. D. *h. t.*— L. 10. D. *qu. dies leg. ced.* (XXXVI, 2.)—Neque vero commiscendum est cum istiusmodi legatis illud, quo certa quantitas relinquitur, hoc pacto, ut pluribus dirimatur pensionibus solutio. Cf. L. 12. § 4. D. *qu. d. leg. ced.* —Vid. L. 20. *eod.* (infra not. 16.).

4) L. 12. pr. et § 5. D. *qu. d. leg. ced.* (vid. et not. seq.).

5) L. 12. § 1. *qu. d. leg. ced.*—L. 5. L. 8. L. 22. *h. t.*

6) L. 7. § 6. C. *de pr. 30 v. 40 ann.* (VII, 39.) —Cf. *J. H. Boehmer* exerc. ad Pand. V. exerc. 85. — *Leyser* sp. 253. m. 1. 2. — *Pufendorf* obs. I, 116.— Caeter. vid. *Unterholzner* ausführl. Entw. der Verjährungslehre II, p. 319 sq. et ib. not. 741. —Cf. *Rosshirt* T. II. p. 102 sqq. (Nr. III.)

7) L. 4. in f. L. 8. pr. *h. t.*—Cf. L. 22. C. *de leg.* (VI, 37.)

8) L. 6. L. 20. § 1. D. *h. t.*—L. 46. § 9. C. *de ep. et cler.* (I, 3.)

9) L. 38. D. *de usu et usufr. et reditu leg.* (XXXIII, 2.)— Cf. L. 22. et 25. *eod.* (L. 22. « Patrimonii mei reditum omnibus annis uxori meae dari volo. Aristo respondit: ad heredem uxoris non transire, quia aut usufructui simile esset, aut huic legato: *in annos singulos.* — Vid. *Heineccius* ad L. Jul. et Pap. Popp. p. 427. nr. VI.).

10) Dig. (XXXIV, 1.) *de aliment. vel. cibariis leg.*—*Rosshirt* T. II. p. 81 sqq. (§ 13. 14.)

11) L. 6. 7. *h. t.*—Cf. L. 12. *de leg.* III. — L. 1. L. 14. § 13. *h. t.* (cf. § 279. not 9.).

12) Cf. § 211. context. ad not. 10.— Add. L. 22. pr. *h. t.*—L. 14. D. *de ann. leg.* (not. 2.).— *Averanii* interpr. V, 9. nr. 6.

13) L. 14. § 1. *h. t.* — *Averanii* interpr. V, 9. nr. 2—5. et c. 10.

14) L. 12. *h. t.*

15) L. 18. § 3. *h. t.*—Cf. et L. 8. D. *de transact.* (II, 15.) et L. 8. C. *eod.* (II, 4.)

16) L. 20. D. *qu. d. leg. ced.* (XXXVI, 2.)

17) L. 11. D. *de cap. min.*

17*a*) L. 26. in f. D. *quando dies leg. ced.* (XXXVI, 2.)

§ 739. E) *Jurium legatum eorum, quae jura in re vocantur.*

Fieri etiam potest, ut jura in re, quemadmodum prae caeteris vocantur, legatis constituantur vel fideicommissis, ut servitutes, sive personarum[1]), sive rerum[2]), ut jus pignoris[3]). Quoniam vero pleraque eorum, quae in hocce legatorum genere praecipi solent, aliis in locis tradi atque absolvi necessaria conjunctionis ratio postulabat[4]), jam nihil nobis superest, nisi ut pauca admodum de personarum servitutibus, quae ab eo loco, quem nunc tractamus, sejuncta esse fere nequeunt, etiam adjiciamus. Igitur ususfructus legari potest non modo singularum rerum, verum et totius hereditatis[5]). Quodsi ejusdem rei alii ususfructus alii proprietas legatur, nisi adjectum sit, ut detracto usufructu res ad proprietarium pertineat, uterque concurret in usufructu[6]). Potest etiam duobus vel pluribus ejusdem rei ususfructus relinqui, sive id fiat disjunctim, sive conjunctim[7]); cujus quidem legati propria quaedam sunt in accrescendi jure, de quibus suo loco plura dicemus (§ 790). Eo etiam differt ususfructus, tum etiam usus aut habitationis legatum a reliquorum legatorum, tantum non omnium, jure, quod non prius cedat dies legati, quam adeatur hereditas[8]). Praeterea quemadmodum redituum, ita fere ususfructus legato plura inesse tum videntur legata, cum aut in annos singulos, vel menses, vel dies, aut alternis annis jus constituitur[9]). Atque simile est jus habitationis legatae, cum in singulos annos legatum est scriptum[10]).

§ 740. F) *Obligationis legatum* 1) *universim describitur.*

Obligationis legatum aut ad constituendam obligationem spectat aut ad constitutam. Et prius quidem item est duplex. A) Nam aut recta via obligatio constituitur testamento (quo in genere omnia sunt faciendorum legata, quorum simpliciter onus injunctum est heredi)[1]), aut jubet testator heredem, ut obligationem cum legatario contrahat, velut: ut aequo pretio rem aut emat, aut vendat; quod quidem legatum utile est, quatenus eo modo contrahi legatarii interest[2]). B) Atque alterum erat legatorum genus de obligatione jam constituta. Idque tres in se habet species: nominis, liberationis, debiti legatum. Praeterea et quae propter dotem relinquuntur legata, hoc ad genus sunt referenda. De quibus singulis singulatim videamus.

§ 738.

1) Dig. (XXXIII, 2.) *de usu et usufr. (et reditu), et habitatione, et operis per legat. vel fideic. dat.*
2) Dig. (XXXIII, 3) *de servitute legata.*
3) L. 26. pr. D. *de pigner. act.* (XIII, 7.) at supra § 311.
4) Cf. § 283. not. 11. § 285. not. 7. et § 291. not. 5. § 292. not. 9. 17. § 301. § 302. § 311.
5) Cf. § 284. not. 3. et add. L. 24. L. 32. § 2. L. 37. *h. t.* (XXXIII, 2.).
6) L. 19. D. *h. t.*—Cf. L. 26. pr. et § 1. *eod.* — L. 9. D. *de usufr. accr.* (VII, 2.)
7) L. 1. pr. L. 7. L. 11. D. *de usufr. accr.* (VII, 2.)
8) L. 2. L. 3. L. 5. § 1. in f. D. *qu. d. leg. ced.* (XXXVI, 2.) — L. un. § 2. D. *qu. d. usufr. leg. ced.* (VII, 3.) (cf. § 728. not. 2.).—Cf. et Val. Fr. § 44.
9) L. 1. § 3. D. *de usufr. accr.* (cf. L. 10. D. *qu. d. leg. ced.*) — L. 13. *h. t.* (XXXIII, 2.). — Cf. L. 28. D. *quib. mod. usufr. amitt.* (VII, 4.) et supra § 294. not. 8. —Caeter. vid. L. 8. D. *de ann. leg.* (XXXIII, 1.) *verb.:* « Illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cujuslibet anni, si decesserit legatarius, ejus anni legatum heredi suo relinquit; quod in usufructu non ita est, cum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, heredi suo eos fructus non relinquet. »—Cf. *Bosshirt* T. II. p. 108.
10) L. 11. D. *h. t.* (XXXIII, 2.).

§ 740.

1) Velut: ut domum legatarii exstruat reficiatque, vel aere alieno eum liberet, et quae ex eo genere sunt similia. Cf. § 21. I. *de leg.*—*Paulli* sent. rec. III, 6. § 10. et cf. supra § 721. not. 4. 5.
2) L. 49. § 9. L. 66. *de leg.* I. — L. 108. § 6n. *eod.*—L. 11. § 15. *de leg.* III.

§ 741. 2) *Singulatim* a) *de nomine legato* (*).

Nominis legato id continetur, ut tamquam ex jure cesso actio transferatur ad legatarium[1]). una cum obligationibus, quae ei accesserunt[2]). Neque ad singulas solum actiones petitionesque nominum potest legatum pertinere, verum ad universitates quoque actionum, quin etiam ad totum hominis Calendarium[3]). Quodsi 1) ejusmodi est obligatio, ut e duabus rebus unam petitor, quam ipse voluerit, accipiat, etiam electio transfertur ad legatarium[4]), nisi unam tantummodo earum rerum nominavit testator, quae ad legatarium pertineat; quo facto ipse jam usus videtur eligendi jure. 2) Sin electio est penes debitorem, at testator unam rerum debitarum adsignavit legatario, tum is per incerti actionem compellere potest oneratum, ut cum debitore experiatur, in cujus quidem arbitrio positum erit, utrum exitum habiturum sit legatum, nec ne[5]). 3) Item si pluribus disjunctim legantur res, quae in obligatione sunt, alteri altera, si quidem electio est creditoris, necesse habet, qui oneratur, alteri actionem praestare, alteri vel rem, vel ejus aestimationem[6]); atque idem etiam dicendum est, si is, qui ejusdem pecuniae duos habebat reos, itidem duobus eam pecuniam separatim legavit, hoc modo, ut alius ab alio peteret debitore[7]). 4) Sin vero ad debitorem spectat electio, similiter ut in superiori causa ex solutionis eventu pendet legati vis[8]). — Quemadmodum autem statim initio inutile est legatum, si nihil testatori debebatur eo tempore, quo scriptum est legatum[9]): sic etiam eo plerumque evanescet, quod postea, at vivo tamen testatore[10]), vel ipso jure solutum est debitum, vel aliis modis, quibus fieri adsolet, ut obligationes exstinguantur[11]). Retinetur autem legatum et post novationem factam[12]), et nonnumquam etiam post exactam vel acceptam pecuniam, si quidem aut demonstrationis tantummodo causa nominatus est is, unde peteretur pecunia[13]), aut eo animo fuit testator, ut, quamvis ad se revocaret pecuniam, tamen exstingui legatum nollet[14]); idque vel ex eo colligi poterit, quod pecuniam receptam testator aut denuo collocavit, aut certe nominibus faciendis destinavit[15]).

§ 741.

(*) *C. G. Haubold* (resp. *Laurentio*) D. de legato nominis. Lips. 1793. et in opusc. a *Wenckio* edit. Vol. I. p. 497 sqq.

1) § 21. I. *de legat.* et ibi *Theophil.* — L. 50. in f. *de leg.* III. — Observ. a) nec quicquam amplius ab onerato esse praestandum, quam ut actionibus cedat legatario, licet solvendo non sit debitor. L. 44. § 6. L. 105. *de leg.* I. — *Haubold* l. l. p. 51 sqq. et opusc. p. 551 sqq. — b) Etiam sine mandato actiones, ut utiles, transire in legatarium. L. 18. C. *de leg.* (VI, 37.)

2) L. 34. pr. *de leg.* III. — Cf. L. 24. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2.) et *Averan.* interpr. III, 25. nr. 9. et 24.

3) L. 64. *de leg.* III. — Cf. L. 34. § 1. *eod.* — L. 88. pr. *de leg.* II. — *Haubold* l. l. p. 38 sq. et in opusc. p. 539 sq.

4) L. 75. § 3. *de leg.* I.

5) L. 75. § 4. *de leg.* I.

6) L. 76. *de leg.* I. — Aliter hunc locum interpretatus est *Hauboldus* (l. l. p. 35 sqq. et in opusc. p. 532 sqq.), ut eum conciliaret cum L. 50. § 1. *de leg.* II. (not. 8.).

7) L. 82. § 5. *de leg.* I. — Cf. L. 13. pr. *de leg.* II.

8) L. 50. § 1. *de leg.* II. — Cf. et *Rosshirt* T. II. p. 243 sq.

9) L. 75. § 1. et 2. *de leg.* I. — *Averan.* interpr. V, 21. nr. 2 sqq. — *Haubold* l. l. p. 6 sqq. et in opusc. p. 503 sqq. — Caeterum quod ex die demum debetur vel conditione, etiam potest legari L. 46. *de leg.* II. — *Haubold* l. l. p. 11 sqq. et p. 28 sq. (in opusc. p. 510. et p. 528 sqq.).

10) Vid. etenim L. 21. § 2. D. *de liber. leg.* (XXXIV, 3.) « — — si heres praeoccupaverit et exegerit debitum, aliud dici oportet. »

11) § 21. I. *de leg.* — L. 75. § 2. L. 82. § 5. in f. *de leg.* I. — L. 21. pr. et § 1. D. *de liber. leg.* — *Haubold* l. l. p. 63 sqq. (et in opusc. p. 567 sqq.).

12) L. 76. § 3. *de leg.* II. — L. 6. D. *de instructo vel instrum. leg.* (XXXIII, 7.)

13) L. 96. pr. *de leg.* I. — Caeter. cf. L. 102. pr. *de leg.* III. et *Averan.* interpr. III, 25. nr. 10. et 20.

14) Vid. L. 11. § 13. *de leg.* III. — L. 31. in f. D. *de adim. legat.* (XXXIV, 4.)

15) L. 64. *de leg.* III. — Caeter. cf. L. 102. pr. *de leg.* III. Quem in locum vide *Averan.* interpr. III, 25. nr. 10. et 20. et *Hauboldum* l. l. in opusc.

§ 742. b) *De liberatione legata* (*).

Liberationem legatam dicimus, cum debitoribus ea, quae debent, legantur [1]). Cujus quidem legati haec est vis, ut aut exceptio detur legatario adversus petitionem, aut adversus oneratum actio, eum in finem, cum ut ipse liberetur, in cujus personam collata est liberatio, tum etiam alius, ejusdem pecuniae reus, qui, postquam eum ad solutionem urserit creditor, regressum adversus illum habiturus sit [2]). Nec tantummodo aut testatoris debitori liberatio potest legari, aut heredis [3]), verum etiam extranei creditoris; quo quidem facto unius causae duo quodammodo sunt legatarii, et creditor, et hujus ipsius debitor [4]). — Potest etiam tacite constitui hujusmodi legatum, velut chirographum debitori legando [5]); at rei pignori obligatae legato plerumque non continebitur liberatio [6]). Caeterum si nihil debet is, cui liberatio legatur, inutile erit legatum, etiamsi quantitas, quae debeatur, expressa est legato [7]).

§ 743. c) *De debiti legato.*

Quodsi testator, quod ipse debet, creditori legat, debiti legatum appellatur. Cujus quidem legati vis, quatenus ad solum creditorem spectat, ex ejus utilitate tota pendet, siquidem amplius sit in eo quam in debito necesse est [1]), sive ipsa re, sive actionum vi ac potestate [2]), sive propter repraesentationis, tum etiam loci, commodum [3]). At licet non sit utile creditori legatum, fieri tamen potest, ut valeat, aut propter coheredem [4]), aut propter debitorem [5]). Item valet legatum, cum, certa adjecta quantitate, legatur, quod vel a testatore vel ab extraneo debeatur, at nihil vere debetur [6]). Nec vero eo intelligitur, debitum esse legatum, quod vel rem obligatam creditori legavit debitor, vel tantam pecuniam, quanta debetur, nisi aut de alia testatoris mente certo constet [7]), aut tantundem a patre legatum sit filiae, quantum ei vel praestare vel reddere ipse debebat dotis nomine [8]).

p. 526. nr. 1.—Cf. et *Smallenburg* in *Ant. Schultingii* not. ad Dig. h. l. nr. 2. (Tom. V. p. 343.)

§ 742.

(*) Dig. (XXXIV, 3.) *de liberatione legata.*

1) L. 1. pr. L. 3. pr. *h. t.*—(Cf. et L. 86. § 4. *de leg.* I.)—Potest etiam ad certum tantummodo tempus liberatio legari L. 8. § 1. *h. t.*

2) § 13. I. *de leg.*—L. 22. D. *h. t.* — L. 3. § 3. 4. L. 5. pr. et § 1. *eod.*

3) De qua specie vid. L. 24. *h. t.* — Cf. et L. 26. § 7. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)—Cf. *C. L. Crellii* D. legatum liberationis spontanea solutione non extingui. Vit. 1741.

4) L. 3. in f. *h. t.* (« — — interesse enim creditoris, duos reos habere.»)—L. 4. *eod.*

5) Cf. L. 3. § 1. et 2. D. *h. t.*

6) L. 1. § 1. D. *h. t.*

7) Cf. L. 75. § 2. *de leg.* I. — L. 25. D. *h. t.* — Vid. *Averan.* interpr. V, 22. nr. 1—3.—*L. Arndts* D. ad L. 25. D. *de liberat. leg.* Berol. 1825. 8. (cf. *Waechter* in eph. Tub. T. II. p. 186 sqq. et *Rosshirt* T. II. p. 287 sqq. § 15.)

§ 743.

1) § 14. I. *de leg.* — L. 11. D. L. 28. § 8. et 13. *de lib. leg.* (XXXIV, 3.) (not. seqq.).

2) Cf. L. 28. pr. et § 1. *de leg.* I. — L. 13. in f. L. 30. D. *de liber. leg.* — Cf. *Westenberg* in tit. Dig. de liber. leg. § 11.

3) L. 29. *de leg.* (« Sin neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco debitum differatur, inutile est legatum.») — L. 14. D. *de liber. leg.* —L. 5. D. *ad Leg. Falc.* (XXXV, 2.) — L. 82. pr. *de leg.* II. et § 14. I. *de leg.*

4) L. 7. § 3. *de liber. leg.*

5) L. 49. § 6. *de leg.* I.

6) a) L. 25. in f. D. *de liber. leg.* — L. 88. § 10. *de leg.* II.—L. 40. § 3. D. *de cond. et dem.* (XXXV, 1.) — Cf. L. 28. § 14. D. *de liber. leg.*—b) L. 75. § 1. *de leg.* I.—Vid. et § 742. not. 7.

7) L. 85. *de leg.* II. (cf. not. seq.). — L. 16. C. *de leg.* (VI, 37.)

8) L. 84. § 6. *de leg.* I.— L. 22. § 3. D. *sol. matr. dos quemadmod. pet.* (XXIV, 3.)

§ 744. d) *De legatis, quae propter dotem relinquuntur.*

Quatuor sunt hujusmodi legatorum formae velut generales, quarum a) prima quidem ad constituendam dotem spectat[1]); idque legatum tum sub conditione nuptiarum (quae doti promissae semper tacite inest)[2]), tum vero pure relinqui potest[3]), quo facto naturam habet ejus, quod sub modo relinquitur, i. e. etiam ante nuptias, praestita quidem cautione, sponso solvenda est dos[4]). b) Altera est horum legatorum forma de repetenda dote; quod quidem jus, ut aliud nomen, is, qui habet, haud dubie ei, cui velit, legare potest. c) Tertia est liberationis legatae species, si quidem ei legatur, qui ad reddendam dotem obligatus est, ut retinere eam liceat[5]). d) Denique ab ipso quoque, qui praestare debet dotem vel reddere, legari dos potest ei, cujus est petendae ejus facultas[6]); quo in genere id vel maxime respexerunt juris nostri auctores, quo a viro dos relegatur uxori[7]). Quae quidem legati species debiti est (§ 743.), atque inprimis utile cum propter repraesentationis commodum[8]), tum propterea, quod contrariae actiones, si quas habet testator, tacite esse remissae videntur[9]). Quodsi ita legatur: *amplius quam dotem*, minime dubitatur, quin huic legato et dos insit, et quod praeterea relictum est[10]). Sin nihil debetur dotis nomine, at certa est nominata legati quantitas, tamen utile est legatum, tamquam ex falsa demonstratione debitum[11]).

§ 745. II. *Communia de legatis et singularibus fideicommissis.* A) *Quomodo jus suum persequatur legatarius* 1) *generatim quaeritur.*

Legatariis omnino omnibus non solum in personam actio comparata est adversus oneratum, verum etiam hypothecaria, adversus earum rerum possessores exercenda, quae ad oneratum pervenerunt ex hereditate[1]). Praeterea res

§ 744.

1) Cf. § 522. et ib. not. 9. Add. L. 77. § 9. *de leg.* II.—*D. Nettelbladt* (resp. *a. Raesfeld*) de legato dotis constituendae. Hal. 1750. — *Hasse* Güterrecht der Ehegatten I. § 88. 89. — Caeterum de ea quaestione: utrum ad mulierem, an ad virum, an ad utrumque conjugem actio de solvenda dote pertineat? dissensio videtur fuisse inter veteres JCtos. Cf. inter se L. 69. § 2. D. *de leg.* I.—L. 48. § 1. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.)— L. 71. § 3. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.)—*Hasse* l. l. p. 525 sqq.—*Schulting* in not. ad L. 69. § 2. laud. (T. V. p. 217.) et ad L. 71. § 3. *de cond. et dem.* (T. V. p. 514.).

2) Vid. § 550. not. 6. Add. L. 48. pr. D. *de jure dot.*—*Hasse* l. l. p. 526.

3) Vid. Nov. 123. c. 37. et cf. not. seq.

4) L. 71. § 3. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.)—*Nettelbladt* l. l. § 16—21. et § 25. — *Westphal* v. Vermächtnissarten § 275. p. 182 sq. — *Hasse* l. l. p. 527 sq.—*Rosshirt* T. II. p. 210 sqq. —Cf. § 111. et supra § 652.

5) Cf. L. 11. D. *de dote prael.* (not. 5.)

6) Cf. § 743. not. 8. et L. 1. § 7. *de dote prael.*

7) Dig. (XXXIII, 4.) *de dote praelegata* (a. re-*legata* cf. L. 1. pr. aliosque huj. tit. locos).—*Rosshirt* T. II. p. 212—351.

8) § 15. I. *de leg.*—L. 1. § 2. *h. t.*

9) L. 5. D. *h. t.* — Cf. supra § 558. et *Cujacii* comment. ad L. 1. *h. t.* (opp. postum. T. IV.—ed. Paris.—p. 1479 sqq.).—L. 8. D. *h. t.*

10) L. 3. D. *h. t.*—L. 17. pr. *eod.* — Ac simile est legatum tantae pecuniae, quantam dotis nomine maritus accepit. Nam utraque debebitur pecunia, nisi aut contrariam voluntatem aperte significaverit testator (L. 1. § 3. C. *de rei uxor. act.* (V, 13.) — § 743. not. 7.), aut a patre legatum sit filiae (§ 743. not. 8.).

11) § 15. in f. I. *de leg.*—L. 6. § 1. et L. 17. § 1. D. *h. t.* (cf. *Westphal* von einzelnen Vermächtnissarten § 296.). — De ea vero specie, ubi is, qui dotem debet restituere, alii eam legat, vid. L. 1. § 10. et L. 7. pr. D. *h. t.* — Cf. *Cujac.* ad *Papiniani* Lib. XVIII. Qu. (opp. postum. T. I. — ed. Par. — p. 487 sqq.) et *Westphal* v. einzelnen Vermächtnissarten § 282 sqq.—Cf. et § 742. not. 4.

§ 745.

1) L. 1. C. *commun. de leg.* (VI, 43.) — *Maresoll* t. I. p. 280 sqq. (Nr. II.) et p. 290 sqq. (Nr. B.)

ipsas, et nondum praestitas ab onerato, quae quidem ipso jure transferuntur in legatarium, actionibus persequetur cum in rem[2]), tum in personam[3]). Atque iisdem etiam ea, quae in accessionibus sunt, aut rei aut obligationis, consequetur actionibus[4]). Caeterum a legatario vel fideicommissario singulari cogi nequit heres, ut adeat hereditatem, impleatque, quae ei injuncta sunt[5]).

§ 746. 2) *Singulatim* a) *de eo, quid praestandum sit.*

Quid praestandum sit ab onerato, primum omnium pendet ex testatorum decreto, hoc pacto, ut ita, uti definitum est testamento, res praestentur, una et cum adminiculis et cum accessionibus earum. Est autem duplex accessionum genus: alterum earum, quae simpliciter rebus legatis accedunt; alterum eas continens, quae propter obligationem non rite impletam ab onerato praestandae sunt[1]), eaque proprie est ipsius obligationis accessio[2]). Atque in *priori* genere 1) non modo habentur, quae ita accesserunt corporalibus rebus, ut in partibus earum habendae sint[3]), verum etiam, nominibus simpliciter et universim legatis, quidquid ex eadem causa eo, quo moritur testator, tempore debetur, id omne praestandum est[4]). Praeterea 2) quae ex legatis rebus nascuntur proveniuntque, i. e. fructus, ex eo tempore ad legatarium pertinent, quo jus ei in ipsa re pure, atque ita quaesitum est, ut actionibus eandem persequi possit[5]). Quodsi aut sub conditione, aut ex die res relicta fuerit, fructus usque ad conditionem existentem, vel diem venientem, sibi habebit oneratus, nisi ea sit testatoris voluntas, ut cum incremento heres rem quandoque praestet[6]). Quae vero ad *posterius* accessionum genus pertineant, ex communibus de damnorum praestandorum obligatione fere judicanda sunt regulis[7]). — Caeterum si id, quod proprie est in legato, dari implerive aut nullo modo potest, aut non sine maximo heredis incommodo, at utique beneficium ac liberalitatem conferre in honoratum testator voluit, tantundem aestimatione debetur legatario[8]). Quodsi naturale aliquod adest impedimentum, quo minus jam impleri possit, quod vere est in obligatione, caveri oportet, de re quandoque restituenda[9]).

§ 747. b) *Praestandi et locus et tempus.*

In praestandorum legatorum obligatione et locus et tempus maxime spe-

2) L. 80. in f. *de leg.* II. (cf. § 734. not. 1.).

3) L. 18. C. *de leg.* (VI, 37.) — Cf. *Marezoll* l. l. p. 84 sqq. et p. 274 sqq. (Nr. 1.)

4) L. 91. § 7. D. *de leg.* I. (cf. supra § 231.).

5) L. 17. in f. D. *si quis omissa causa test.* (XXIX, 4.) — Caeter. vid. L. 53. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.) (*Westphal* von Verm. II. § 1782.). — Praeterea singulari jure quaedam excipiuntur. L. 16. § 5. et 6. *eod.* (cf. infra § 755. not. 4. 5.).

§ 746.

1) Vid. v. c. L. 24. pr. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2.) *verb.:* Non idem servabitur *rel.*

2) Vid. § 225. nr. 5. et § 359.

3) a) Vid. supra § 734. not. 4. — b) L. 34. pr. L. 52. § 7— 9. D. *de leg.* III. — L. 39. in f. D. *de usur.* (XXII, 1.)

4) L. 34. pr. D. *de leg.* III. — Cf. L. 24. pr. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2.) (cf. § 740. not. 2.).

5 L. 42. D. *de usur.* (XXII, 1.) — Cf. et not. seq. et L. 86. § 2. in f. D. *de leg.* I.

6) L. 43. § 2. *de leg.* II. — L. 21. § 2. in f. D. *de annuis legat.* (XXXIII, 1.) — L. 3. § 3. D. *de usur.* (XXII, 1.)

7) Vid. v. c. L. 14. D. *ad L. Aquil.* (IX, 2.) — L. 47. § 2. 3. D. *de leg.* I. — Cf. supra § 729. not. 5—7. et § seq. not. 5 sqq.

8) L. 71. § 3. et 4. *de leg.* I. — L. 11. § 16. 17. *de leg.* III.

9) L. 39. pr. *de leg.* I. (cf. § 1. *de div. stip.*). — L. 47. § 2. 3. L. 69. § 5. *eod.* — L. 24. C. *de fideic.* (VI, 42.)

etanda sunt. Et I) cum de loco nihil definitum est testatoris voluntale, species quidem, tum etiam res ex certo ac definito genere, ibi plerumque praestentur exhibeanturve necesse est, ubi sunt, praeterquam si dolo malo ejus, qui oneratur, alium in locum translatae sunt, quam quo fuere mortis tempore testatoris; quo facto ibi sunt praestandae, ubi petuntur. Quodsi ex fungibilium genere sunt res, nec vero locus demonstratus est, unde sumantur, ibi praestabuntur, ubi commode et peti et praestari possunt[1]). II) De tempore, quo fiat praestatio, ex iis fere erit statuendum, quae superius, quaestionem exponentes: quando dies legatorum veniat? hanc in rem tradidimus (§ 728). At vero modicum temporis ex aequo et bono etiam dandum est onerato, cum aut pecunia debetur, aut aliud quid ejusmodi, quod moram facile afferat praestandi sine onerati culpa[2]). Quodsi sub obtentu legis Falcidiae (§ 749.) moratur heres solutionem, tamen legatarius consequi potest, ut ei solida praestentur legata, dummodo legitime caveat, quod amplius acceperit, quam per eam legem liceat, id se quandoque restituturum[3]). Caeterum de morae, ab onerato admissae cum causis atque initio, tum vi et effectu, item plerumque erit ex communibus praeceptis judicandum[4]). Igitur post moram admissam et omnem rei causam praestare necesse habet oneratus[5]), et reliqua morae incommoda sentiet[6]). Jam si in judicium deducta est res, oneratus, licet bona fide jus suum defendat, tamen post litem contestatam fructus atque usuras rependere debet[7]); quodsi vero ex ipsius sententiae tenore certo constet, moram ei nullam objici posse, nec ad usuras morae ante rem judicatam solvendas cogi eum posse, juris et aequitatis rationi conveniens est[8]).

§ 748. B) *Quo jure adversus honoratum utatur oneratus* 1) *summatim definitur.*

Is quoque, qui oneratus est, jus suum tuebitur non modo exceptionibus, verum etiam vindicationibus, et in personam actionibus (§ 751.), velut incerti condictione, qua vel maxime eorum nomine utetur, quae in rem legatam ab eo impensa sunt[1]), denique peculiari *quod legatorum* interdicto, quod quidem adipiscendae possessionis est, hanc continens causam, ut, quod legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit legatarius, id heredi restituat[2]). In praecipuis autem heredum, qui onerati sunt, juribus habendum est quartae deducendae jus ex Lege Falcidia, de quo jam separatim videbimus.

§ 747.

1) L. 38. D. *de judic.* (V, 1.) — L. 50—52. *eod.* —L. 47. pr. et § 1. *de leg.* I.—L. un. C. *ubi fideic. peti oport.* (III, 17.) (§ 369.).

2) L. 71. § 2. et arg. § 3. *de leg.* I. — Cf. § 371. not. 14.

3) L. 2. C. *de usur. et fructib. legator. s. fideic.* (VI, 47.)

4) Cf. § 371 sqq. — Except. vid. § 729. context. ad not. 6. et 7.

5) L. 8. L. 14. pr. L. 39. D. *de usur.* (XXII, 1.) —L. 24. pr. in f. D. *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 3.) (§ 746. not. 1.).

6) L. 3. C. *de usur. et fructib. legator. seu fideic.* (VI, 47.)—Cf. L. 47. § 6. *de leg.* I. (§ 375. not. 8.).

7) L. 1. et L. ult. C. *de usur. et fructib. legator.* (VI, 47.)

8) Arg. L. 89. § 1. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.) — L. 3. pr. D. *de usur.* (XXII, 1.) — Cf. supra § 228. not. 20. et *Thibaut* Archiv f. civ. Praxis IX. p. 88 sqq. (Nr. VI.).

§ 748.

1) L. 59. pr. L. 60. D. *de leg.* I.

2) Dig. (XLIII, 3.) et Cod. (VIII, 3.) *quod legatorum.* —Cf. L. 1. § 4. D. *eod.* — *Rosshirt* l. l. T. I. p. 519.

§ 749. 2) *Separatim de eorum, quae ab heredibus relinquuntur, deminutione ex lege Falcidia* (*). a) *Hujus deductionis ratio, et inter quas personas locum habeat.*

Nimiae legandi licentiae, qua ita abutcrentur testatores, ut saepius minima tantum aut prorsus nulla hereditatis pars ad heredes perveniret, variis subinde legibus occursum est, inter easque potissimum Falcidia lege, qua cautum est, ut ne minus quam quartam hereditatis partem caperent heredes[1]). Idque postea cum ad singularia fideicommissa aliaque, quae mortis causa capiuntur, translatum est jus (not. 2.), tum vero, ex Pegasiani quidem SCti auctoritate, ad hereditates quoque fideicommissarias, de quo infra separatim erit videndum (§ 758.). Eo igitur continetur jus lege Falcidia constitutum, ut, si ultra dodrantem hereditatis legatum est, tantum legatariis pro rata cujusque parte deducere heres possit, quantum ad quadrantem omnium bonorum retinendum sufficiat. Itaque 1) non legatariis solum et fideicommissariis, verum et mortis causa donatariis, iisque, quorum jus morte confirmatur donantis, quarta deducitur[2]). 2) Ad omnes pertinet heredes jus retinendae quartae, illos quoque, qui ab intestato succedunt[3]), non vero etiam ad hos, qui praeter heredes onerati sunt, nisi quatenus ipsis diminuitur per legem Falcidiam, quod eis relictum est[4]). 3) Pluribus institutis heredibus, singulos oportet suae cujusque portionis salvam habere Falcidiae quantitatem[5]). Jam vero alterutro heredum deficiente, cum pars ejus ad alterum jure accrescendi legitimo pervenit, si quidem ex tota hereditate, i. e. ab omnibus heredibus legatum solvendum est, utique sufficit, ut confusis partibus quadrantem salvum habeat heres, cui coheredis portio accrevit[6]); at si nominatim a quoque legatum est, res erit illa ex regula aestimanda, quam vulgo proponunt his fere verbis: *non gravata portione accrescente gravatae s. oneratae, non deducitur quarta, — contra vero gravata portione integrae s. non gravatae accrescente, deducitur*[7]). Quodsi ex substitutione coheredis portio ad coheredem pervenit, item ut in superiori causa (not. 6.) id proficiet legatariis, hoc pacto, ut confundendae sint partes atque omnino quadrantem ex hereditate manere apud heredem sufficiat[8]). Sin autem ex pupillari substitutione coheres successerit pupillo eidemque coheredi, isque jam heres patri exstiterit, separandae sunt partes atque a singulis deductiones faciendae, tamquam a duabus hereditatibus[9]).

§ 749.

(*) Inst. (II, 22.). Dig. (XXXV, 2.). Cod. (VI, 50.) *ad Legem Falcidiam.* — *F. Duareni* comment. ad L. Falcid. (opp. p. 552 — 575.). — *Fr. Husmani* Paradoxa ad L. Falcidiam (*Otto* thes. IV. p. 1673—1752.). — *Rosshirt* l. l. p. 520—589. (§ 11. 20.)

1) *Gaji* inst. II, 224 — 227. — Pr. I. *h. t.* et ib. *Theophil.* — Cf. *Westenberg* pr. jur. D. b. 1. § 3. — De duob. capitib. L. Falcidiae (L. 1. pr. D. *h. t.*) *Duaren.* l. l. c. l. et *Husman.* Parad. III—VI.

2) L. 2. 3. L. 5. C. *h. t.* — L. 2. C. *de m. c. don.* (VIII, 57.) — L. 32. § 1. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) — L. 12. C. *h. t.* — (Cf. *Hasse* Rhein. Mus. I, 3. p. 213. not. 48.)

3) L. 18. pr. D. *h. t.* — Nec minus ad heredes transmittitur hoc jus L. 10. C. *h. t.*

4) L. 32. § 4. L. 47. § 1. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 33. D. *eod.* — L. 21. § 1. D. *de ann. leg.* (XXXIII, 1.)

5) § 1. I. *h. t.* — L. 77. D. *eod.*

6) L. 1. § 13. in f. D. *h. t.* (not. 8.).

7) Propter L. 78. D. *h. t.* — L. 21. § 1. *eod.* — Caeter. vid. L. 1. § 14. in f. D. *h. t.* — *Cujacii* obs. XV, 15. (cf. et not. 9. in f.).

8) L. 1. § 13. D. *h. t.* («id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis. Is enim similis est heres ex parte pure ex parte sub conditione heredi instituto: sed ea, quae ab eo» (i. e. coherede eodemque substituto) «legata sunt, si omiserit hereditatem» (quo facto ad alium jure accrescendi pars omissa pertinebit), «non augebuntur, scil. si ab eo nominatim data sunt, *non quisquis mihi heres erit.*») — L. 87. § 4 *eod.* — L. 1. § 1. D. *si cui plus* rel. (XXXV, 3.) — Cf. *A. Fabri* conj. IV, 13. — Ex eodem principio explicanda videtur L. 14. § 2. D. *h. t.* (vid. et not. seq.).

9) L. 87. § 4. D. *h. t.* verb.: *sed hoc ita verum est.* (L. 11. § 6. L. 8. pr. *eod.*) — Nam cum velut

§ 750. b) *Quomodo computanda sit Falcidiae quantitas.*

In computanda Falcidiae quantitate haec primum ratio ineunda est, ut defuncti facultates aestimentur, quanti vere fuerint mortis tempore[1]), hoc pacto, ut, si quid postea accedat hereditati, scil. ex novis acquirendi causis[2]), id nihil legatariis prosit, contra vero noceat heredibus, deminutas esse vel deteriores factas res hereditarias[3]). Deinde deducendum est aes alienum, quodque aeris alieni loco est[4]), quo in genere habentur et funeris impensae, et quae hereditatis suscipiendae causa erogata sunt[5]), et legitima portio[6]), tum etiam servorum manumissorum pretia[7]). Atque ita patrimonio constituto, e quo fiat deductio, distributio facienda est hoc modo, ut, retenta quarta hereditatis parte, reliqua pecunia inter legatarios, cosve, qui similes sunt legatariorum, distribuatur pro rata cujusque parte[8]), praeterquam si testator propter aliorum legata aliis noluit deminui, quae ipsis essent relicta[9]). Imputantur autem in quartam, quae hereditario jure habet oneratus[10]), non quae legatorum nomine accepit[11]), vel conditionis implendae causa[12]), vel suo ipsius facto[13]); ac praeterea etiam imputantur fructus, si quos ex legatis sub conditione vel die

heres pupilli effectus est, qui hoc modo successit (§ 672. in f. et L. 87. § 4. laud.), consequens etiam est, ut perinde separandae sint portiones, ac si alia ex causa heres aliquis coheredi suo exstiterit (L. 1. § 15. D. *h. t.*). — Neque contraria est L. 11. § 5. et 6. D. *h. t.*; quippe qui locus de eo intelligendus sit, cui, *cum non esset coheres* pupilli, sed tantum substitutus, in casum pupillaris substitutionis separatim sunt quaedam injuncta. — Cf. et L. 80. pr. D. *h. t.* et *Hugonis Donelli* comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 23. in f. (in *Bucheri* edit. Vol. V. p. 24 sqq.). — Caeterum alii aliter hos locos explicant; vid. v. c. *Westphal* (v. Vermächtn. II. § 1184.) qui ipse quidem plane insolam profert interpretationem et *Rosshirt* l. l. p. 533 sqq. — Neque vero negandum est, multas his de rebus jam inter veteres JCtos agitatas fuisse controversias, quarum vestigia haud pauca a juris Justinianei concinnatoribus relicta sint. — Cf. *Cujacii* obs. IV, 34—37. XV, 14. 15.

§ 750.

1) § 2. I. *h. t.* — L. 42. L. 62. § 1. L. 65. pr. D. *h. t.* — L. 3. pr. *eod.* — L. 63. § 5. *eod.* — L. 56. pr. *eod.* (cf. et Nov. 1. c. 2.).

2) Nam vid. a) L. 9. D. *h. t.* — b) L. 1. § 17. L. 56. § 1. L. 73. § 1. *eod.* — c) L. 43. *eod.* — Cf. at *Vinnius* ad § 2. I. *h. t.* nr. 1. 2.

3) § 2. I. *h. t.* — L. 30. pr. L. 73. pr. D. *eod.*

4) § 3. I. *h. t.* — L. 39. D. *eod.* — Deducitur etiam, quod ipsi fuit heredi debitum. L. 6. pr. C. *h. t.* — L. 54. D. *eod.* — Cf. et L. 81. § 1. 2. D. *h. t.*

5) § 3. I. *h. t.* et arg. L. ult. § 9. C. *de jure delib.* (VI, 30.)

6) Quae quidem deductio tum quoque locum habet, cum, qui oneratur, ipse est in necessariorum numero successorum. Est enim aeris alieni instar legitima (L. 36. § 2. C. *de inoff. test.* (III, 28.) — Nov. 1. pr. § 2.), et sine omni onere relinquenda (cf. § 680.). Cui etiam accedit, quod et dissimilis jure novo sit Falcidiae quantitas atque legitimae portionis, nec simili modo imputentur in utramque, quae ex defuncti patrimonio pervenerint ad heredes (cf. § 679. context. ad not. 8. et infra not. 9.), unde eveniat, ut, si alterutram tantum pertinere ad necessarium heredem dicamus, exitum res habere vix possit. Quae cum ita sint, ad juris can. decreta (c. 16. 18. X. *de testam.* III, 26.), tum ad Trebellianae quartae, quam vocant, similitudinem ut confugiamus, minus est necesse. At toto genere dissent. *A. Faber* error. pragm. XI, et *Rosshirt* l. l. p. 549. Nr. 6.

7) L. 34—37. L. 39. D. *h. t.* — Neque vero omnino omnium pretia deducuntur legatorum, quae integra, licet suapte natura, non mera testatoris voluntate, praestanda sunt legatariis. Cf. L. 80. § 1. D. *h. t.* et infra not. 9. vid. et § 752.

8) § 3. I. *h. t.* — L. 73. § 5. D. *h. t.*

9) L. 88. § 2. D. *h. t.* « — — — Si quo amplius legavero, quam per legem Falcidiam licebit, tum quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet, ex eo legato, quod Titio dedi, heres meus damnas esto dare. » — L. 88. pr. *eod.* « Qui quadringenta habebat, trecenta legavit, deinde fundum tibi, dignum centum aureis, sub hac conditione legavit: si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset — — — —; cum voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum caeterorum legata minui nollet: magis est, ut statuere debeamus, tui legati conditionem defecisse.» — Quo ex loco plerique etiam explicant L. 64. *eod.* (*Ulp.* lib. XIII. ad L. Jul. et Pap.) « Si in testamento ita scriptum sit: heres meus Lucio Titio decem dare damnas esto, et quanto quidem minus per L. Falcidiam capere poterit, tanto amplius ei dare damnas esto: sententiae testatoris standum est » —: ita scilicet, quasi alius legatarii nomen hoc in loco exciderit. At melius mihi quidem videtur Basil. Schol. (V. p. 428. m.) de tali specie intelligere h. l., qualis proponitur L. 46. *eod.* — Cf. et *Rosshirt* l. l. p. 550.

10) Vid. not. seq. Caeter. cf. § 749. not. 7—9.

11) L. 74. L. 91. D. *h. t.* — L. 22. pr. L. 30. § 8. *eod.* — Cf. § 725. not. 6. — Cf. et L. 75. *eod.*

12) L. 76. pr. D. *h. t.* — L. 30. § 7. L. 40. § 1. L. 93. *eod.*

13) L. 3. pr. at § 1. D. *h. t.*

relictis medio tempore percepit[14]), tum quae inutiliter legata sunt, sive ea retinuit heres, sive solvit indebita[15]). Quodsi alimentorum, annuorum, similiumque legatum relinquitur, Falcidiae quantitatis computatio ex mortalitatis formula, quam ex Ulpiano refert Aemilius Macer, plerumque fieri debet[16]), nisi si ad fictas personas pertinent ejusmodi legata, in quibus longe alia quadrantis computandi adhibenda est ratio, itemque illa diversa pro varia legatorum natura atque indole[17]).

§ 751. c) *Quibus ad persequendam Falcidiae quantitatem heres utatur remediis.*

Tuetur jus suum heres retentionibus, actionibus, cautionibus, hisque etiam utetur remediis, licet prius adiri hereditatem noluerit testator, quam pecunia quaedam alii inferatur, ac tanta sit illa, quae Falcidiae quantitatem minuat[1]). Et retentioni locus erit, cum nondum persolvit heres legata[2]), quibus quidem praestitis, vel si alio modo res pervenerunt ad honoratos, aut vindicabit heres, quae data sunt, eorumve partem[3]), aut *quod legatorum interdicto* utatur[4]) aut in personam actionibus experietur talibus, quae illam in causam conveniunt, ut de dolo, ut in factum actione, ut indebiti conditione[5]), et hac quidem, si facti ignorantia, non juris, indebita solvit legata vel fideicommissa[6]). Quodsi ad eo dubitatur, utrum Falcidiae legi locus sit futurus, ad cautiones erit confugiendum[7]). Satisdare enim necesse habent legatarii vel fideicommissarii, tantum non omnes[8]), se, si quod amplius, quam dari oporteat, acceperint legatorum nomine, id quandoque esse reddituros[9]).

§ 752. d) *Quibus ex causis locum non habeat lex Falcidia.*

Causae, quae efficiunt, quo minus Falcidiae legi locus sit, ad quatuor commode revocari possunt genera, quorum A) primum quidem privilegio nititur aut personae aut rei. Quo in genere sunt, et quae militis testamento, et quae piarum causarum in commodum relinquuntur[1]), tum vero etiam instrumento-

14) L. 73. § 4. L. 88. § 3. D. *h. t.*—L. 15. in f. D. *de ann. leg.* (XXXIII, 1.)

15) L. 11. pr. L. 50. 51. D. *h. t.*

16) L. 68. pr. D. *h. t.* — Cf. § 168. not. 5. et *C. G. Konopak* Beitr. zur Lehre v. der Berechn. d. Falcid. Quart. I. II. Rost. 1811. 4.—*Fritz* in *Grolmani* et *Loehrii* Mag. IV. nr. XVI.—Cf. L. 1. § 9. D. *eod.*— L. 1. § 16. *eod.* — Caeter. vid. a) L. 47. pr. *eod.*—Vid. *Konopak* l. l. l. p.7.—*Fritz* l. l. § 5. — b) L. 55. D. *h. t.* — *Fritz* l. l. § 6. 7. et omnino cf. *Rosshirt* l. l. p. 532—563.

17) a) Cf. § 186. not. 3. — b) L. 3. § 2. *eod.* — *Konopak* l. l. l. p. 16 sqq. — Cf. *Schrader* civ. Abhandl. II. p. 155. et *Rosshirt* p. 557. in f. sq. not. 52. ad L. 1. D. *quod legat.* (XLIII, 3.) in edit. *Gothofr. Leeuw.*

§ 751.

1) L. 18. C. *h. t.*

2) L. 14. § 1. L. 93. D. *h. t.* — L. 16. § 1. *eod.*— Cf. *Bynkershoek* obs. VII, 7.

3) L. 26. pr. D. *h. t.*

4) L. un. C. *quod legator.* (VIII, 3.) — Cf. et not. 52. ad L. 1. D. *quod legat.* (XLIII, 3.) in edit. *Gothofr. Leeuw.*

5) L. 1. § 11. D. *h. t.*—a) L. 23. *de dolo m.* (IV, 3.)—b) L. 77. § 2. *de leg.* II. —c) Not. seq.

6) L. 9. § 5. D. *de j. et f. ign.* (XXII, 6.) — L. 9. C. *h. t.* — Cujus differentiae probabilem, ut arbitror, rationem attuli Archiv f. civ. Praxis II. p. 392—395.

7) Dig. (XXXV, 3.) *si cui plus, quam per Leg. Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.*

8) Nam vid. L. 3. § 4. et 5. L. 6. et 7. D. *h. t.* (XXXV, 3.).

9) L. 1. pr. § 8 — 13. L. 3. § 1. L. 4. pr. D. *h. t.* (XXXV, 3.).—L. 1. § 12. L. 31. D. *h. t.* (XXXV, 2.). —Vid. et a) L. 5. *eod.*—b) L. 3. § 10. *eod.*—c) L. 3. § 5—9. *eod.*

§ 752.

1) a) L. 7. C. *h. t.*—Cf. L. 17. 92. 93. 96. D. *eod.* —b) L. 49. § 2. 4. 6. 7. C. *de episc. et cler.* (I, 3.) —Nov. 131. c. 12. et auth. *Similiter* C. *h. t.*—Cf. *Voet* ad Pand. h. l. § 16. — *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. V. Nr. VI.

rum legatum, ipsis praediorum dominis relictum[2]). B) Alterum est genus, ex testatoris voluntate atque judicio proficiscens. Nam non solum voluntate sua impedire potest, quo minus quarta detrahatur[3]), verum idem etiam efficere, alio modo voluntatem suam, ut integra solvantur legata, declarando, velut vetando, ne res legato vel fideicommisso relictae alienentur[4]). C) Tertium est causarum genus earum, quae propter ipsius heredis factum negligentiamve Falcidiae legis usum excludunt, velut si id egit heres, ut intercideret legatum vel fideicommissum[5]), aut sua voluntate, nec facti ignorantia ductus, integra vel solvit legata vel de solvendis eis cautionem exhibuit[6]), tum etiam eo, quod inventarii conscribendi officium neglexit[7]). D) Ad quartum vero genus referendae sunt causae, quae propter eorum, quae relicta sunt, naturam impediunt, quo minus deductio locum habeat, qualia sunt legata libertatis[8]), et debiti[9]), hujusque simile illud, quod legitimae nomine praestandum sit ab herede[10]). Eidemque etiam adsignanda sunt generi, quae vel conditionis implendae causa ab herede dantur, vel poenae nomine praestanda sunt[11]).

TIT. III. DE FIDEICOMMISSORUM GENERE EORUM, QUAE VOCANT UNIVERSALIA, S. DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS.

Inst. (II, 23.) *de fideicommissariis hereditatibus*.—Dig. (XXXVI, 1.) et Cod. (VI, 49.) *ad SCtum Trebellianum*.—*C. Chifletii* de jure fideicommissorum lib. IV., (quod quidem opus — exstans ap. *Otton*. V. p. 769. sqq.—magna ex parte referendum est ad hereditates fideicommissarias).—*C. A. Haase* D. de vera vi ac indole fideicommissi universali. Lips. 1805.

§ 753. I. *Notio et indoles horum fideicommissorum generatim describitur.*

Universale dicimus fideicommissum, quod et fideicommissum hereditatis s. fideicommissaria hereditas a juris nostri auctoribus vocatur[1]); cum ipsa hereditas aut pars ejus restitutioni subjicitur, hoc pacto, ut velut heredis loco sit is, cui restitutio facta est[2]). Et cum olim quidem tamquam ex venditione fieret restitutio hereditatis[3]), postea, Neronis aetate, Trebelliano SCto cautum est, ut, si cui ex fideicommissi causa restituta esset hereditas, vel ejus pars, utiles ei et in eum, tamquam in heredem, darentur actiones, quae heredi competerent et in heredem, nimirum pro ea parte, quae ad eum pervenisset ex hereditate. Accessit deinde, haud ita multo post, Pegasianum SCtum, quo permis-

2) L. 15. C. *h. t.*

3) Nov. 1. c. 2. § 2. et auth. *Sed cum testator* C. *h. t.* — Cf. *Alex. ab Alexandro* dier. genial. II, 24. — Cf. *Marezoll* in *Grolmani* et *Loehrii* Mag. IV. p. 354—362. et *Rosshirt* l. l. p. 584.

4 Nov. 119. c. 11. — Vid. et L. 56. § 5. D. *h. t.*

5) L. 59. D. *h. t.*—L. 24. pr. L. 68. § 1. *eod.*

6) L. 46. L. 71. D. L. 19. (Caeter. vid. L. 15. § 1. D. *h. t.*, quam vulgo sic interpretantur, quasi hodieque renuntiari vivo quidem testatore nequeat Falcidiae quantitati.)—Cf. et § 751. not. 6.

7) L. ult. § 4. et 14. C. *de jure delib.* (VI, 30.) — Nov. 1. c. 2.

8) L. 33—35. L. 36. § 3. D. *h. t.*

9) L. 28. § 1. *de leg.* I.—L. 81. § 1. 2. D. *h. t.*—Caeter. vid. L. 1. § 10. *eod.* «— si propter repraesentationis commodum utile erit (legatum), lex quoque Falcidiae in eo commodo locum habebit.»— L. 1. § 12. D. *de dote prael.* (XXXIII, 4.)

10) L. 87. § 4. *de leg.* II.

11) a) L. 44. D. *h. t.*—Caet. cf. L. 18. C. *h. t.* et § 751. not. 1.)—b) L. 1. § 8. D. *h. t.*—*de Buchholtz* jur. Abh. Nr. VIII.

§ 753.

1) Vid. v. c. L. 13. § 1. D. *de jure cod.* (XXIX, 7.)—L. 77. § 24. *de leg.* II. — L. 16. § 1. D. *h. t.*

2) Cf. § 8. 10. 11. I. *h. t.* et supra § 615. not. 5.

3) *Gaji* inst. II, 252.—*Theoph.* ad h. t. § 3. (cf. § 703. not. 21.).

sum est heredi, qui quidem totam restituere hereditatem rogatus sit, retenta velut ex lege Falcidia quarta hereditatis parte, non nisi dodrantis facere restitutionem, hac potestate, ut non heredis, sed legatarii loco sit partiarii is, cui solutum esset fideicommissum. Unde vario fideicommissorum jure uti coeperunt Romani, donec Justinianus, una comprehensione utriusque SCti vim complectens, eamque omnem referens ad Trebelliani auctoritatem, statuit, ut quadrantem bonorum fiduciarius heres, totum restituere rogatus, ex legis auctoritate sibi vindicaret, nec tamen ultra eam partem hereditariae actiones ei et in eum darentur[4]).—Caeterum suo arbitrio statuere potest testator, et de personis, quarum fidei rem committat[5]), et de quantitate, quae in restitutionem veniat[6]), et de restitutionis aut tempore aut modo[7]). Potest etiam rogare heredem, ut, quidquid post mortem ejus superfuturum sit ex hereditate, id restituat; cujus quidem fideicommissi haec est vis, ut dodrantem hereditatis sui ipsius usus atque commodi causa exhaurire possit heres, quadrantem vero conservare plerumque, de eoque restituendo cavere necesse habeat[8]). Quinimo et licebit, rogare heredem, ut aut alienam hereditatem ad se delatam, aut ipsius propriam restituat, quamvis utriusque fideicommissi species non hereditatis fideicommissariae, sed rerum, quae propriae sint heredis, legati (§ 732. not. 4.) habeat naturam, nec vero valeat, nisi tantundem ex testatoris hereditate, velut in ejus, quod restituendum sit, compensationem, praeter Falcidiae legis quantitatem, resideat apud heredem[9]).

§ 754. II. *De jure ex fideicommisso hereditatis oriundo.* 1) *Quale in ipsa hereditate competat personis et fiduciarii et fideicommissarii.*

Quemadmodum in aliis heredibus, sic etiam in fiduciarii persona acquisitae hereditatis vis est, ut confusio fiat patrimoniorum, et jura exstinguantur atque obligationes, quibus inter se devincti erant defunctus atque is, qui cum restituendi obligatione heres institutus est[1]). Jam vero I) nondum facta restitutione fiduciarius, quatenus ei impedimento non est restituendi obligatio, omnino utitur heredis jure, et actiones, quae heredibus comparatae sunt aut contra eos, vel exercendo vel suscipiendo[2]), et in hereditarias causas paciscendo[3]), et debita

4) *Gaji* inst. II, 253—257. — § 4—7. I. *h. t.*

5) § 10. 11. I. *h. t.* — L. 29. C. *de fideic.* (VI, 42.)

6) § 8. I. *h. t.* — Cf. L. 1. § 16. 17. 18 — 21. D. *h. t.*

7) Cf. L. 6. § 6. L. 16. § 7. L. 22. pr. L. 25. pr. L. 46. L. 51. L. 62. pr. D. *h. t.*

8) Vid. L. 54. D. *h. t.* (« — — — erogationes, quae ex hereditate factae dicebantur, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere, sed pro rata patrimonii, quod heres proprium habuit, distribui debere »). — Cf. *Westphal* l. l. T. II. § 1672. —Nov. 108. c. 1. (« — —Non enim concedimus ei, qui gravatus est, etiam donationibus uti aliquibus, et forsan ex studio intervertendi fideicommissi causa — —. Si vero et ipsam quartam is, qui gravatus est, contingat, necessarium est, perscrutari causam — : et si quidem aut dotem voluerit dare, aut sponsalitiam largitatem, aliam non habens substantiam, oportet ei hoc permitti agere — — — et in captivorum redemtionem — — »). — Cf. et L. 58. § 7. D. *h. t.* —L. 70. in f. L. 71. *de leg.* II.

9) L. 17. pr. § 1—3. L. 27. § 8 9. 10. D. *h. t.* — L. 74. pr. *eod.*—L. 114. § 6—8. *de leg.* I. — L. 70. § 2. *de leg.* II. — Vid. *Pufendorf* obs. II, 80. — *H. A. Heise* D. de aliena hereditate restituenda (Gott. 1816.), qui quidem et de hereditatibus, quae ipsi obvenerint testatori, restituendis disputat. —*Hasse* Rhein. Museum III. p. 500 — 547. (§ 41 — 54.), qui luculenter demonstravit, fructus quoque, quae ex hereditate percepit oneratus, in ejus, quod restituendum sit, compensationem esse computandos. *Rosshirt* T. I. p. 141. et supra § 736. not. 5.

§ 754.

1) L. 58. pr. L. 80. in f. D. *h. t.* — Vid. infra not. 17.

2) Cf. L. 27. § 7. in f. D. *h. t.* et not. seq.

3) Cf. L. 22. D. *de pec. const.* (XIII, 5.)—L. 73. pr. D. *h. t.* — L. 21. pr. D. *de fidejuss.* (XLVI, 1.) —L. 36. D. *h. t.*

solvendo, tum etiam liberando hereditarios debitores[4]), et rebus ad hereditatem pertinentibus fruendo, scil. per illud tempus, quo ei tenere res concessum est[5]). Alienare non fere potest vel hypothecis onerare res[6]), eas quidem, quae non sunt apud illum remansurae, praeterquam quatenus id ei aut per voluntatem licebit testatoris[7]), aut per eorum, quibus restitutio facienda est, consensum[8]), aut propter aeris alieni vel legatorum solvendorum necessitatem[9]), aut propter ipsarum rerum naturam[10]), aut ex speciali legis beneficio, quale est, quod dotis vel propter nuptias donationis constituendae nomine iis conceditur, quorum fideicommissum est, ut post mortem suam restituant hereditatem[11]). Neque vero alias res, si quas forte inde comparavit heres, sibi retinet, quippe quae vice permutati dominii cedant fideicommissario[12]). Omnino autem omnium rerum, quae in restitutionem venient, ad fideicommissarium spectabit periculum, nec deperditarum vel deminutarum causa culpam fiduciarius heres, nisi quae dolo proxima est, praestare tenetur[13]). II) Quodsi jam facta est restitutio, jus transit velut heredis in fideicommissarium, qui pro ea parte, quae restituta est, et hereditatis petitione utetur[14]), aliisque actionibus hereditariis, et creditoribus respondere legatorumque onus suscipere necesse habet, doli exceptione obstatura cum agenti heredi, tum creditoribus, qui eum conveniant[15]). At qui restituit hereditatem, nihilominus heres permanet[16]); nec vero inane est heredis nomen post restitutionem factam[17]), etiamsi discesseris ab iis, quae ex hereditate apud fiduciarium, vel testatoris vel legis decreto (§ 758.), remanserunt. Nam ut alia praetereamus[18]), non solum pactionibus suis meliores efficere potest hereditarias causas[19]), tum liberare debitores, qui quidem ignari fuerint factae restitutionis[20]), verum etiam sunt quaedam, quae communicare necesse non habet cum fideicommissario, ut ea, quae, cum ad rem familiarem referri haud

4) L. 104. D. *de solut.* (XLVI, 3.)

5) Cf. L. 18. pr. et § 2. L. 27. § 1. D. *h. t.* — L. 83. pr. *de leg.* III.

6) L. 3. § 3. 4. C. *commun. de leg.* (VI, 43.) — Auth. *res quae* C. *eod.* (Secus res ex juris antiquioris principiis agebatur.) — Cf. L. 25. § 2. 3. L. 70. § 1. D. *h. t.* — Vid. et L. 19. § 2. et L. 69. *eod.*—Cf. *Loehr* Magaz. IV. p. 96. 97.— *Rosshirt* T. I. p. 202—207.

7) Cui etiam similis est causa fideicommissi ejus, quod superfuturum est, § 753. not. 8.

8) L. 120. § 1. *de leg.* I. — L. 11. C. *de fideic.* (VI, 11.)

9) L. 114. § 14. in f. *de leg.* I. — L. 38. pr. in f. *de leg.* III.

10) Ita enim vulgo sentiunt: res, quae conservari fere nequeant, alienari ab herede et posse et debere. Recte illud quidem, quamvis non repetendum, ut fieri adsolet, e L. 22. § 3. D. *h. t.* (cf. not. 6.).— Cf. *Rosshirt* T. I. p. 204.

11) L. 22. § 4. D. *h. t.* — Nov. 39. c. 1. et Auth. *res quae* C. *comm. de leg.*—*Marezoll* in *Grolmani* et *Loehrii* Mag. IV. p. 223—229. — Cf. et Nov. 108. c. 1. (§ 753. not. 8.).

12) L. 70. in f.—L. 71—73. *de leg.* II.

13) L. 22. § 3. L. 58. § 6. D. *h. t.* — L. 77. § 18. *de leg.* II.—*Hasse* Culpa p. 272—275.

14) Dig. (V, 6.) *de fideicommissaria hereditatis petitione.*

15) L. 1. 2. C. *h. t.* — § 7. I. *eod.* (*pro rata portione* rel.). — L. 1. § 4. L. 27. § 7. D. *h. t.* — At legatorum onus non nisi pro ea parte ad heredem spectare, quae praeter quadrantem bonorum apud eum remaneat, plerique statuunt. — Vid. *Günther* princ. jur. Rom. § 772. not. e. et quos ille laudavit auctores. Verum enimvero cum non solum: ad utrumque pro rata parte spectare actionum onus, universim dicatur (§ 7. et 9. I. *h. t.*), sed etiam nostram hanc sententiam plane atque aperte tueatur L. 2. C. *h. t.*: sane veremur, ne propter loca quaedam, quae in Pandectis leguntur, caeteroquin ambigua illa, et ad SCti Pegasiani jus spectantia (L. 1. § 17. 20. 21. L. 3. pr. et § 2. D. *h. t.*), adstipulemur contra sentientibus. — Atqui in solidum nonnunquam transferuntur in fideicommissarium actiones omnes omnium rerum, quaecunque ab herede petantur, idque tum fit, cum aut totam hereditatem restituit heres (§ 7. I. *h. t.*—L. ult. C. *eod.* —vid. tamen L. 63. § 3. *h. t.* — *Westphal* l. l. II. § 1856.), aut una aliqua re vel quantitate deducta, vel praecepta, reliquam hereditatem restituere heres rogatus est (§ 9. I. *h. t.*—Cf. § 666. not. 5.).

16) § 3. I. *h. t.*

17) Vid. *Auctoris* Cession p. 514 sqq. et *Weber* ad *Hoepfnerum* § 602. not. *. — Dissent. *Rosshirt* p. 168 sqq.

18) Vid. enim et L. 78. § 15. et L. 55. § 5. D. *h. t.*— L. 7. pr. D. *de pop. act.* (XLVII, 23.) (§ 610. not. 8.).—Cf. et § 756. not. 5.

19) L. 8. § 1. D. *quib. mod. pign. v. hyp. solv.* (XX, 6.)

20) L. ult. in f. D. *de transactionib.* (II, 15.)

soleant, tamen ad successores transferuntur [21]). Quid? quod accrescendi quoque jure utitur in suum ipsius commodum, nisi si aut aliud statuerit testator, aut heres in mora fuerit restituendi [22]). Denique praetereundum non est, in fiduciarii heredis persona, cui rursus post aliquod tempus restituenda sit hereditas, veniente die ipso redintegrari pristinum jus [23]). Caeterum fideicommissarius, alii ex testatoris voluntate hereditatem restituendo, eadem jura transfert in secundum, quae ad ipsum transierunt [24]).

§ 755. 2) *Restituendi obligatio.*

Cogi actionibus potest fiduciarius, quive in ejus locum successit [1]), ut adeat hereditatem eamque restituat fideicommissario [2]) ejusve heredibus [3]). Qua in re similes sunt, tum, quibus hereditas ab extraneo ad testatorem delata restituenda est [4]), tum vero, quibus ex militis testamento pars quaedam bonorum restitui debet [5]). Praeterea nec cum ipsius dispendio compellitur heres, adire hereditatem [6]), nec pendente conditione [7]). Cogi tamen potest, ut impleat conditionem potestativam, nisi talis sit, quae difficultatem aliquam habeat implendi [8]). Quodsi aut compulsus restituit, aut contumax recusavit hereditatem restituere (quo quidem facto ipso jure in fideicommissarium transfertur jus [9]): tum et commodis prohibetur iis, quae vel lege vel testamento ad eum propter aditam hereditatem perventura essent [10]), et oneribus liberatur hereditariis incommodisque [11]); quae vero alioquin pendent ex hereditatis aditione, ea perinde valebunt, ac si sponte ab herede adita esset hereditas [12]).

§ 756. 3) *Quid in restitutionem veniat.*

In restitutionem autem non ea modo veniunt, quae mortis tempore testatoris fuerunt in hereditate, verum etiam quae postea ei accesserunt, fructus quoque,

21) L. 42. § 1. D. *h. t.* (§ 610. not. 3. 4.).– L. 55. pr. D. *h. t.* (cf. *Cujac.* ad Papin. quaest. Lib. XX. opp. post. ed. Par. T. 1. P. 1. p. 617—619.).

22) Sepulcra scilicet et operae servorum. — Cf. not. 16. et arg. L. 43. D. *h. t.* — Vid. *Cujac.* obs. XII, 12. et *Haase* D. de vera vi ac indole fideicommissi universalis p. 58 sqq. — Dissent. *Marezoll* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. VI. Nr. X. *et Rosshirt* p. 172 sqq.

23) L. 70. pr. D. *h. t.*

24) L. 1. § 8. D. *h. t.* — Cf. et L. 55. § 2. *eod.*

§ 755.

1) L. 55. § 4. L. 64. § 2. D. *h. t.*

2) L. 17. D. *si quis omissa causa testam.* (XXIX, 4.)—L. 4. L. 6. § 3. L. 14. § 1. L. 63. § 14. D. *h. t.*—L. 55. § 2. in f. D. *h. t.* («Quodsi prior recusaverit, placuit, ut recta via secundus possit postulare, ut heres adeat et sibi restituat.») — (De duobus pluribusve, quibus ab eodem restituendum est herede fideicommissum, vid. L. 1. § 9. L. 16. § 4. 9. 10. D. *h. t.*; de pluribus oneratis L. 16. § 7. *eod.*) *Averanii* interpr. IV, 7.

3) L. 55. pr. D. *h. t.*—L. 3. C. *de fideic.* (VI, 42.) —L. un. § 1. et 5. C. *de cad. toll.* (VI, 51.)—*Averanii* interpr. (IV, 8.)

4) Quod quidem controversum, L. 16. § 5. D. *h. t.* —*Hasse* Rhein. Museum III. p. 532 sqq. (nr. 4.).— *Rosshirt* T. I. p. 126. et p. 140 sq. — Cf. supra § 745. not. 5. in f.

5) L. 16. § 6. D. *h. t.*

6) L. 14. § 5. L. 27. § 15. in f. D. *h. t.*

7) L. 9. § 3. L. 10. D. *h. t.*

8) L. 63. § 7—10. D. *h. t.*—L. 7. in f. — L. 11. in *f. eod.*—Cf. et L. 44. pr. D. *h. t.*—Vid. et § 108. not. 1. in f.

9) L. penult. § 1. C. *h. t.* (VI, 49.).

10) L. 4. L. 14. § 3. L. 27. § 2. et § 14. L. 28. § 1. L. 43. L. 55. § 3. D. *h. t.* (*Westphal* T. II. § 1735.). — Retinet igitur heres 1) quae ei obvenerint ex pupillari substitutione, eaque tali, cujus a paternae hereditatis aditione, ab ipso facta fiduciario, minime pendeat vis (L. 27. § 2. D. *h. t.*); 2) quae condit. implendae causa heredi dantur (L. 44. § 4. 5. D. *de cond. et demonstr.* XXXV, 1.); 3) quae ei legata sunt sub hac conditione: si heres non esset (L. 27. § 15. D. *h. t.*); 4) quae omnino transferri non possunt ad fideicommissarium (L. 55. pr. et § 3. *verb.*: « Nec ignoro » *vel.*). Cf. § 754. not. 18—20.

11) L. 1. § 6. D. *de separat.* (XLII, 6.)—§ 5. in f. et § 7. in f. l. *h. t.*

12) L. 11. § 1. L. 14. § 3. D. *h. t.*

qui et ante aditam hereditatem et postquam venit fideicommissi dies sunt percepti[1]); at non venient, quae conditionis implendae causa data sunt[2]), nec plerumque legata heredi relicta[3]), non magis quam ea, quae aut ex pacto quaesita sunt heredi ex defuncti bonis[4]), aut propter jus velut adhaerens heredi apud eum remanserunt[5]), aut res heredi propriae[6]). Neque vero ulla est formae solennitas in fideicommissariae hereditatis restitutione adhibenda, nec quicquam interest, utrum re fiat restitutio an verbis, itemque utrum inter praesentes an inter absentes, per epistolam, vel per nuntium[7]), vel per procuratores; nam per procuratorem et restitui et accipi potest fideicommissum[8]). Sufficit etiam plerumque generalibus verbis facta restitutio, ut singula in fideicommissarium transferantur jura[9]), tum etiam redintegrentur ea, quae confusione exstincta sunt[10]). Quemadmodum autem jus pignoris ab herede quaesitum non nisi separatim transferendum est ad fideicommissarium[11]): sic nec actiones redintegrantur, quae confusione *adversus extraneum* sublatae sunt, verum ex causa fideicommissi in ipsum dantur heredem[12]).

§ 757. 4) *Quonam jure adversus fideicommissarium utatur fiduciarius* a) *summatim exponitur.*

Atque vicissim a fideicommissario quaedam praestanda sunt fiduciario heredi. Namque necesse ille habet, ut aut restituat aut deduci sibi patiatur, cum impensas, quas vel in hereditatem aut adeundam aut restituendam, vel in ipsas res hereditarias heres fecit[1]), tum vero, quae debita heredi sunt a testatore[2]). Porro aut cavere fideicommissarius debet heredi, aut indemnem eum praestare, cum propter onera obligationesve, quae hereditatis causa suscepit fiduciarius[3]), tum evictionis nomine, propter eas res, quas aut jure distraxit heres, aut penes ipsum remanere heredem voluit defunctus[4]). Praeterea Falcidiam heres plerumque potest deducere, quam quidem quartam Trebellianam vulgo vocant (cf. § 753. not. 4.). De qua jam separatim erit videndum.

§ 758. b) *De quarta bonorum parte, quam Trebellianam vulgo vocant, deductione.*

Trebellianam igitur quartam, seu potius Falcidiam, ut quidem constanter a

§ 756.

1) L. 27. § 1. L. 18. pr. L. 22. § 2. L. 44. § 1. D. *h. t.*—Cf § 754. not. 5.

2) L. 44. § 4. 5. 7. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) (cf. § 755. not. 10. nr. 2.).

3) L. 96. *de leg.* III. — L. 18. in f. D. *h. t.* (cf. § 758. not. 5.).—Caeter. vid. L. 3. § 4. D. *h. t.* et L. 16. C. *de fideic.* (VI, 42.)

4) Neque vero quicquam interest, utrum per se valeat pactum et ipso jure, an per exceptionem, velut rei judicatae. L. 59. § 1. D. *h. t.*

5) Cf. § 754. not. 18—20. et § 755. not. 10. in f. (nr. 4.).

6) Vid. L. 77. § 12. in f. *de leg.* II.— Cf. L. 37. pr. in f. *de leg.* III. et § 753. in f. nec non § 732. not. 4.

7) L. 37. pr. D. *h. t.*—L. 11. § 2. *eod.*

8) L. 40. § 2. L. 66. § 1. D. *h. t.* — Neque contraria est L. 59. § 1. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) — Vid. *Auctoris* Cession p. 289 sqq. (ed. 3.)

9) L. 37. pr. L. 63. pr. D. *h. t.*

10) L. 27. § 11. L. 59. pr. L. 73. § 1. D. *h. t.* — *Rosshirt* l. l. p. 209 sqq. (§ 14.)

11) L. 70. pr. D. *h. t.* — *Auctoris* Cession p. 419 sqq.

12) L. 58. pr. *h. t.* — Cf. *Westphal* II. § 1644. et *Rosshirt* p. 211.

§ 757.

1) L. 11. pr. D. *h. t.* « — — non cogitur adire, nisi ei damnum vel lucrum a fideicommissario sarciatur. » — a) L. 7. D. *h. t.* — b) L. 40. § 1. D. *de cond. ind.* (XII, 6.) — L. 58. *de leg.* I. — L. 19. in f. L. 22. § 3. vers.: *Sed et ipse.* L. 59. pr. in f. D. *h. t.*

2) L. 80. D. *h. t.*

3) L. 36. D. *h. t.*

4) L. 69. L. 72. D. *h. t.*

juris nostri auctoribus vocatur, deducit heres, cujus fideicommissum est, ut hereditatem vel partem hereditatis, quae ipsi delata est, alii restituat. Et quemadmodum nec legatarius, sic fere fideicommissarius, qui, ut rursus restituat hereditatem, rogatus est, minime hoc jure utitur[1]), nisi si aut omisit eam heres in prioris fideicommissarii gratiam[2]), aut compulsus heres restituit hereditatem, quo facto quadrantis deducendi jus similiter transfertur in fideicommissarium[3]). Praeterea similis, ut in Falcidia, quae legatariis deducitur, in hoc quoque bonorum quadrante computando ratio ineunda est, ut nec legata, nec quae conditionis implendae causa heres a legatariis accepit (§ 750.), ei imputentur, praeterquam quae a semetipso relicta sunt legata, quippe quae hereditariae portionis jure aestimentur (§ 725.), aut nisi testator, deducta certa re vel quantitate, reliqua esse restituenda praeceperit[4]), vel alio modo animi sui sententiam: velle se, ut etiam praeter hereditariam portionem accepta in quartam imputentur, haud dubiis indiciis significaverit[5]). Item iisdem ex causis, quae Falcidiae deductionem impediunt, quatenus quidem in fideicommissarias hereditates omnino illae conveniant, ut nec Trebellianae locus sit, efficitur[6]), peculiari etiam accedente causa hac, ut, qui coactus restituit hereditatem, nihil quartae nomine retinere possit[7]). Caeterum heres, ut partem ex hereditate sibi debitam obtineat, iisdem utetur remediis, quae propter Falcidiam quantitatem, vel retinendam vel recipiendam, comparata sunt heredibus[8]). De eo autem: num liberi, quibus jus est legitimae portionis, iidemque rogati, ut hereditatem restituant, utramqne sibi vindicare possint portionem? multo etiam minus dubitatur hoc in loco, in quo nunc versamur, quam in superiori illo, qui est de Falcidiae legatariis detrahendae jure[9]).

§ 758.

1) L. 22. § 5. L. 55. § 2. D. *h. t.* (« — cum enim semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur.» —)

2) L. 1. § 19. D. *h. t.*

3) L. 63. § 11. D. *h. t.*—§ 7. I. *h. t.*

4) § 9. I. *h. t.*—L. 58. § 3. D. *h. t.*—L. 91. L. 93. D. *ad L. Falcid.* (XXXV, 2.) (cf. not. seq.).

5) At acriter etiamnum hac de re inter doctos homines disputatur. Qui autem vel maxime interpretum ingenia adhuc exercuerunt loci, hi sunt inprimis: L. 91. D. *ad L. Falcid.* (« In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas jure hereditario capit, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accepit. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere, vel deducere, vel retinere jussus est, in quartam id ei imputatur: pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, i. e. quod a coherede accipitur. Sed etsi accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id, quod accepit, in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit [cf. nota 48. in ed. *Geb. Sp.*]. Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est, si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse, et ideo, si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri, et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur. » — Cf. Basilic. T. V. p. 598.) — L. 24. C. *fam. ercisc.* (III, 36.)—(Cf. *Cujacius* ad Papin. Lib. 6. resp. opp. post. ed. Par. T. I. P. II. p. 232.)— L. 93. D. *ad Leg. Falcid.* — L. 18. § 3. D. *h. t.*—L. 86. D. *ad L. Falcid.*—Cf. *Cujacii* obs. VIII, 4. — *Jo. Aug. Bachii* opusc. Nr. XII. p. 432 sqq. — *Hoepfner* Comment. § 614. not. 1. — *de Lindelof* Archiv f. civ. Praxis IV. Nr. 30. — *Rosshirt* T. I. p. 185—200. — Caeterum nullo veterum JCtorum testimonio opus fuit, ut intelligeretur, res, quae ab herede alienatae sint ex hereditate, in quartam esse imputandas.—L. 3. § 3. D. *h. t.*

6) Certe ex communi JCtorum opinione (*Vinnius* sel. jur. quaest. II, 28. et *Thibaut* Pand. § 920.). Nam quod ad fideicommissa attinet, quae piis corporibus relinquuntur, vid. *Auctoris* Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls p. 284 sqq. (nr. 2.).

7) L. 4. D. *h. t.* — § 7. I. *eod.* — Cf. § 755. not. 10.

8) L. 21. D. *h. t.*

9) Vid. c. 16. et 18. X. *de testam.* et cf. supra § 740. not. 6.

TIT. IV. DE MORTIS CAUSA CAPIONIBUS.

Dig. (XXXIX, 6.) *de mortis causa donationibus et capionibus.*

§ 759. I. *Mortis causa capionis notio et generalis et specialis explicatur.*

Mortis causa capionis nomen generatim quidem pertinet ad omnes acquisitiones, quae mortis occasione vel eventu fiunt, praeter eas acquirendi formas, quae propriis appellantur legatorum vel fideicommissorum nominibus (§ 615. in f.): at plerumque etiam excipiuntur mortis causa donationes, aliaeque, quae donantis morte convalescunt[1]), ut non nisi au reliquas acquirendi causas, quae propter mortem cujusquam alicui obveniant, referri soleat mortis capionis appellatio, velut a) ad ea, quae in aliorum mortis eventum donamus, quae quidem species est inter vivos donationis, ejusque sub conditione contractae[2]); b) vel quae propterea accipimus, ut hereditatem legatumve aut agnoscamus aut omittamus[3]), atque c) vel maxime ad ea, quae conditionis implendae causa dantur aut ab herede aut a legatario[4]). Quae quidem posterior capiendi causa, licet e liberalitate proficiscatur defuncti, nec nisi ad eos potest pertinere, qui omnino habent capiendi jus[5]), tamen separatur a legatis, cum verborum vi[6]), tum jurium ipsorum indole, siquidem et nullo modo peti possunt, deficiente herede, quae, ut conditio impleatur, dari debent[7]), nec Falcidia lex in iis locum habet[8]), non magis quam in donationibus, quae inter vivos celebrantur[9]).

§ 760. II. *Mortis causa donatio* (*). A) *Ejus notio et indoles.*

Mortis causa donationem proprie quidem eam vocamus, quae in mortis eventum fit ipsius donatoris, hoc pacto, ut rata non habeatur, nisi prior mortuus sit donator, quam is, in quem liberalitas confertur[1]). Quodsi enim ita donatur, ut, licet in mortis eventum differatur solutio, tamen nullo modo, etsi prior moriatur is, cui donatum est, revocari possit donatio, inter vivos dona-

§ 759.

1) Cf. L. 38. D. *h. t.* et L. 32. § 1. D. *de donat. inter V. et U.* (XXIV, 1.)

2) Cf. L. 18. pr. D. *h. t.* et L. 2. C. *de donat. causa mortis.* (VIII, 57.) — *Rosshirt* T. 1. p. 75. Nr. 1. — Dissent. *A. G. Cramer* dispunct. jur. civ. p. 72—75.

3) L. 8. pr. L. 12. L. 31. § 2. D. *h. t.*

4) L. 8. pr. L. 31. § 2. L. 38. in f. D. *eod.* — L. 44. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) et not. seqq. — L. 22. in f. *de leg.* 1.

5) L. 9. D. *h. t.*

6) L. 55. in f. D. *de cond. et dem.* — L. 38. pr. D. *h. t.* et not. 1. — Cf. *Rosshirt* l. l. p. 76.

7) L. 8. D. *si quis omissa causa test.* (XXIX, 4.) et infra § 775.

8) L. 44. D. *ad Leg. Falcid.* (XXX, 2.) — Cf. supra § 752. in f.

9) Cf. L. 27. L. 42. § 1. D. *h. t.*

§ 760.

(*) *A. G. Cramer* dispunct. jur. civ. c. 10. — *Schirach* in Archiv f. civ. Pr. II. Nr. 31. — *Haubold* D. de mortis causa donationum conjecturis ex mortis mentione capiendis. Lips. 1792. (et in opusc. Vol. 1. p. 439 sqq.). — *Wenck* in praef. ad Hauboldi opuscula Vol. 1. p. XXXVI — LXI. — *W. Müller* über die Natur der Schenkung auf den Todesfall. Giessen 1827. (cf. *Zimmern* in ephem. jur. Tub. III. p. 232 — 240.). — *de Schroeter* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. T. II. Nr. IV. p. 97 sqq. — *Hasse* in Rhein. Mus. T. II. p. 300—366. T. III. p. 1—22. et p. 371—417. — *Rosshirt* l. l. p. 80 sqq. (p. 2.)

1) Cf. L. 1. pr. D. *h. t.* (« Mortis causa donatio est, cum quis habere (magis) se vult, quam eum, cui donat; magisque eum, cui donat, quam heredem suum. » — L. 35. § 3. *eod.*) — L. ult. *eod.*

tionem factam esse existimandum est [2]). Rursus autem, quamquam statim impleatur donatio, tamen, si hoc modo donatur, ut plenissima ejus vis ex priore donatoris morte pendeat, mortis causa est donatio [3]). Jam vero varia est donandi causa ac ratio. Nam aut sola mortis cogitatione s. suspicione donamus, aut propter metum imminentis mortis [4]). Atque utraque ex causa aut rem statim transferimus in donatarium, aut ita donamus, ut non prius, quam mors insecuta sit, solutio fiat; itemque aut ita datur, ut illico fiat accipientis (idque factum esse praesumitur)[5]), aut ea lege, ut, donec moriatur is, qui donat, dominium apud ipsum remaneat [6]). Denique hoc modo donari potest, ut non revocetur donatio, nisi is, qui accepit, prior mortuus sit[7]). Quae quidem omnes, sive causae sive conditiones donandi, multum valent ad vim definiendam hujusmodi donationum [8]).

§ 761. B) *Personae et res, in quibus versetur hujusmodi donatio.*

I) Mortis causa donare non fere possunt, nisi quibus jus est testamenti condendi [1]), praeterquam quod filiusfamilias, licet non habeat castrense peculium vel quasi castrense, tamen, patre quidem consentiente, mortis causa potest donare [2]). Neque recte donatur m. c., nisi his, quibuscum est testamentifactio[3]); at capiendi jus hoc donationis tempore, sed ex eo, quo moritur donator, aestimandum est [4]). II) Res autem donari possunt omnes, quaecunque in patrimonio sint [5]), non modo corporales [6]), verum etiam incorporales, velut ususfructus [7]), obligationes [8]), universitas quoque bonorum [9]), licet eo modo effici plane nequeat, ut proprie per universitatem succedere videatur is, cui donatur [10]).

2) L. 27. L. 42. § 1. D. *h. t.* (« — — eum —, qui absolute donaret, non tam mortis causa, quam morientem donare.») — L. 3. D. *de don.* (XXXIX, 5.) — *Vinnius* sel. jur. qu. II, 34. — *Hasse* l. l. (T. II.) p. 310—315.

3) § 1. l. *de donat.* — L. 32. D. *h. t.* — *Schroeter* l. l. p. 107—110. — Cf. L. 26. *eod.* et L. 32. § 14. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.) (cf. Archiv f. civ. Pr. IV. p. 411 sq.).

4) L. 3—6. D. *h. t.* — L. 35. § 4. *eod.*

5) *Hasse* l. l. p. 328 sqq. et T. III. p. 375 sq. (nr. 3.).

6) L. 2. D. *h. t.* — L. 1. pr. in f. D. *de don.* (XXXIX, 5.) (cf. et ll. in not. 4. laudd.). — *Hasse* l. l. p. 306 sqq. (nr. 6. 7.)

7) L. 13. § 1. L. 35. § 4. D. *h. t.* — Nov. 87. pr. et c. 1. — *Hasse* l. l. p. 341 sq. — *Müller* l. l. § 35—39.

8) *Hasse* l. l. p. 336 sqq.

§ 761.

1) L. 1. § 1. D. *de tut. et rat. distr.* (XXVII, 3.) — L. 32. § 8. D. *de donat. inter vir. et ux.* (XXIV, 1.) — L. 7. D. *h. t.* (cf. et not. seq.). Dissentiunt quidem *de Schroeter* l. l. p. 118 sqq. (nr. 2.) — *Hasse* l. l. p. 360. — *Rosshirt* p. 81 sq. — At nihil profecto est causae, quare, quae aperte sunt scripta ac plane, non eo accipienda sint sensu, qui et notissimis verborum significationi, et novissimi juris indoli (L. 4. C. *h. t.* (VIII, 57.) inprimis conveniat.

2) L. 25. § 1. D. *h. t.* — L. 7. § 4—6. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) — Vid. *Fritz* Archiv f. civ. Praxis VI. Nr. X. Sed cf. *Hasse* l. l. p. 360. not. 3. et supra § 640. not. 11. — Vid. et *Glück* Pand. XXXIV. p. 140 sqq.

3) L. 9. L. 35. pr. D. *h. t.* — Vid. et L. 15. *eod.* (cf. et not. seq.). — Caet. vid. *Hasse* l. l. p. 359 sqq. — *de Schroeter* l. l. p. 120 sqq. (nr. 4.) — *Müller* l. l. p. 31. — *Hasse* l. l. T. III. p. 411—414. et supra § 6 sqq.

4) L. 22. D. *h. t.* (cf. not. 3.).

5) At sunt, qui putent, mortis causa donari non posse, nisi per rerum traditionem, velut *Müller* l. l. § 3 — 5. Quorum tamen opinio quam falsa sit, ipso veterum scriptorum testimonio luculenter demonstrari potest. Vid. seqq. et *de Schroeter* l. l. p. 101 sqq. (nr. II.). — *Hasse* l. l. p. 110 sqq. (not. 116.).

6) Vid. *Hasse* l. l. (T. II.) p. 318 sqq. (nr. 6 — 8.) p. 325 sqq. (nr. 12.).

7) L. 1. § 2. D. *usufr. quemadm. cav.* (VII, 9.) — L. 3. § 3. D. *de leg.* III. — *Hasse* p. 322. (nr. 9.).

8) a) L. 34. L. 35. § 7. D. *h. t.* — L. 76. D. *de jure dot.* (XXIII, 3.) (cf. *Hauboldi* opusc. I. l. p. 458—459. — *Hasse* l. l. p. 324.). — b) L. 77. § 2. D. *de legat.* II. — L. 18. § 1. D. *h. t.* — c) L. 28. L. 31. § 1. D. *h. t.* — L. 35. § 6. *eod.* — *Hasse* p. 322 sqq. (nr. 10.).

9) L. 42. D. *h. t.* — *Hasse* l. l. p. 363 sqq. (nr. 23.).

10) *de Schroeter* l. l. p. 123. (nr. 10.). — *Hasse* l. l. (T. III.) p. 13. in f. sq. (nr. 2.). — Cf. *Müller* l. l. § 43. 44.

§ 762. C) *De forma in m. c. donationibus adhibenda.*

Forma mortis causa donationibus propria antiquitus nulla erat constituta[1]); nec Cincia lex ad eas pertinere potuit[2]). Nova autem, quam Constantinus imp. introduxit, forma (cujusmodi etiam erat insinuandi necessitas), utrique erat communis donationum generi[3]). Qua in re Justinianus, post aliorum impp. decreta[4]), plurima innovavit[5]). Jam si ea, quae aperte sunt constituta, cum his comparemus, quae e veterum JCtorum libris retenta sunt in Digestis, novo jure apparet hanc esse mortis causa donationum formam, primum, ut vel res tradantur, vel promissio acceptetur[6]), deinde, ut quinque testium praesentia necessaria sit, actorum vero solennitate non indigeat donatio[7]). Quoniam igitur sola testamentorum forma non perficiuntur mortis causa donationes, sequitur, ut, si pr aesens non adfuerit, nec alio modo consenserit donationi is, in quem liberalitas confertur, ne in vim quidem fideicommissi sustineatur, quod actum est[8]), praeterquam si, necessaria testamentorum vel codicillari forma adhibita, fideicommissi clausula adjecta fuerit testamento.

§ 763. D) *M. c. donationum vis atque effectus.*

Cum mortis causa donatio jam suapte natura plurimum differat a testamentorum liberalitatibus, siquidem proprie non sit *hereditatis delibatio*, quod hoc modo alicui obveniat[1]), tamen, quoniam ex ultima defuncti voluntate omne jus pendet ejus, cui donatur, effectum est, ut mortis causa donationes multis in causis legatis comparari solitae sint[2]); idque jus a Justiniano confirmatum est[3]). Igitur non solum sponte evanescunt m. c. donationes eo, quod ante donantem mortuus sit, cui donatum est[4]), sed etiam substitutionibus in iis locus est[5]), et juri accrescendi[6]), et Falcidiae legi[7]); praeterea ab eo, qui contra tabulas bonorum possessionem impetravit,

§ 762.

1) *de Schroeter* l. l. p. 99 sq. (or. 1.) p. 130. in f.

2) *de Schroeter* l. l. p. 100.—*Hasse* l. l. (T. II.) p. 313. Cf. ibid. p. 355. or. 1.—Caeter. cf. *Wenck* l. l. p. XLVI.

3) L. 25. C. *de donat.* (VIII, 54.)—Cf. Vat. Fr. § 249.—L. 1. Th. C. *de donat.* (VIII, 12.)

4) L. 31. C. *de don.*—Cf. *de Schroeter* p. 131 sq.

5) Vid. supra § 442. not. 12. et iofra not. 7. — *de Schroeter* l. l. p. 132. — L. ult. C. *h. t.* (VIII, 57.)

6) Cf. L. 38. D. *h. t.*—L. 11. § 2. D. *de don. int. V. et U.* (XXIV, 1.)—L. 55. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.)—Caeterum varie hac de re sentiunt interpretes. —Cf. inter se *Püttmanni* miscellaneor. lib. singul. c. 16. p. 84—86.—*Weber* ad *Hoepfnerum* § 414. not. 6.—*Schirach* l. l. § 5—7.—*Muller* l. l. § 10—28.—*de Schroeter* l. l. p. 132. in f. sq. (or. 1.).—*Hasse* l. l. (T. III.) p. 14 sqq. (or. 3. 4.).

7) Ac ne hi quidem, qui duplicem novo jure hujusmodi donationibus inesse formam statuunt, de eo inter se consentiunt, utrum codicillorum forma adhibenda sit, nec ne. Vid. v. c. *de Schroeter* l. l. p. 133 sqq. (or. 2.). — *Hasse* l. l. — *Rosshirt* l. l. p. 82.

8) Arg. L. 1. D. *de jure codicillor.* (XXIX, 7.) —Cf. *Müller* l. l. § 40. — *de Schroeter* l. l. p. 145 sq. Neque contrariae sunt LL. 75. pr. et L. 77. § 26. *de leg.* II.—Vid. *de Schroeter* l. l. p. 146.

§ 763.

1) *de Schroeter* l. l. p. 104—109.— *Hasse* l. l. (T. II.) p. 346 sq. (nr. 6. 7.). T. III. p. 362. (or. 21.) p. 378. (nr. 7.)—*Rosshirt* p. 83.

2) L. 37. pr. D. *h. t.*—*Hasse* l. l. (T. II.) p. 344 sq.—*de Schroeter* l. l. p. 124.

3) L. 4. C. *h. t.*—§ 1. I. *h. t.* — *de Schroeter* l. l. p. 116 sqq.—*Hasse* T. II. p. 2—13.

4) Vid. § 762. not. 1. et 3.—Cf. et iofra not. 18. —Caeterum dissent., quod quidem ad hujus doctrinae usum forensem attinet, *Schirach* l. l. § 12. 13.

5) L. 10. D. L. 1. C. *h. t.* (Caeter. vid. iofra not. 10.)

6) L. 1. § 14. D. *de cad. toll.* (VI, 15.) — *de Schroeter* l. l. p. 123. — *Hasse* l. l. (T. III.) p. 393—396.

7) L. 5. C. *ad L. Falcid.* (VI, 50.) — L. 2. C. *h. t.*—Consequens igitur erit, ut, si forte omnia bona m. c. donatione in aliquem collata sint, adversus hunc utantur Falcidia lege non modo necessarii heredes, verum omnino omnes, ad quos ab inte-

mortis causa donationes, eadem ratione ut legata, auferuntur[8]), tum vero rescinduntur a creditoribus, si solvendo non est donans[9]); denique (ut alia praetereamus)[10]), quae ita donantur, ut post mortem demum donantis impleantur, simili modo, quemadmodum legata, ipso jure quaeruntur ei, cui donatum est[11]). Sunt tamen, quae differant inter utrumque liberalitatum genus, cum ea, quae ab ipso donandi modo proficiscuntur[12]), tum alia, haec inprimis[13]): a) quod mortuo donatore iisdem donatarius minime utitur juris sui persequendi causa actionibus adversus heredem, quae legatariis vel fideicommissariis competunt[14]); b) quod morte donantis *statim*[15]) plene confirmantur donationes ejusmodi, quae jam impletae sunt vivo donatore[16]); c) quod qui in singulos annos mortis causa pecuniam stipulatur, non est similis ei, cui ita legatum est[17]); nec d) qui falsum dixit testamentum vel inofficiosum, repellitur a mortis causa donatione[18]). Caeterum revocantur m. c. donationes aut in rem actionibus aut in personam. Et in rem quidem actiones locum habent, cum aut ita dantur res, scil. ex corporalium genere, ut non prius accipientis fiant, quam mors secuta sit donantis, aut ipso jure restituitur dominium; idque fit, cum vel evasit eo periculo donans, propter quod, praesentem metuens mortem, donavit, vel ante donatorem mortuus est donatarius[19]). Ex caeteris igitur omnibus causis condictione sive in factum actione utetur, qui donationem revocaturus est[20]).

CAPUT VI.

DE CAUSIS JURIS SUCCEDENDI VIM VEL IMPEDIENTIBUS VEL TOLLENTIBUS.

§ 764. *Argumenti adumbratio et totius loci constitutio.*

Causae, quibus efficitur, ut vel exstinguatur jus succedendi, vel impediatur, aut in voluntate positae sunt ipsorum, ad quos delatum est jus (§ 783 — 785.), aut aliunde pendent. Et harum quidem quatuor sunt causarum genera, scil. praeter eas, quae ad aliorum quoque jurium perimendorum rationem similiter spectant (§ 765.). Nam aut e vitiis proficiscuntur testamentorum (§ 766 — 773.), aut a commutata personarum conditione (§ 777 — 779.), aut a voluntate testatorum (§ 780. 781.), aut a legislatorum decretis, iis quidem, quibus velut poenae

stato successione bona illa perventura erant (arg. § 685. et ibi context. ad not. 10.). Nam illud fieri nequit, certe ex rom. juris principiis, ut heredes efficiantur m. c. donationibus (cf. supra § 761. in f.).—Cf. et *Müller* l. l. § 45. — *Hasse* l. l. (T. II.) p. 536. in f. nr. 13. — *Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXVIII. p. 62. not. 45.

8) L. 3. pr. L. 5. § 7. L. 20. pr. et § 1. D. *de legat. praest.* rel. (XXXVII, 5.).

9) L. 17. D. *h. t.*

10) Vid. v. c. L. 7. D. *h. t.* — L. 77. § 1. D. *de legat.* II. (cf. supra not. 5.—*de Schroeter* p. 116. nr. 3. et 4.—*Hasse* T. III. p. 384 — 392.).— L. 8. § 3. D. *de condit. inst.* (XXVIII. 7.)

11) Arg. L. 1. in f. L. 2. D. *de publ. in rem. act.* (VI. 2.)· *Hasse* T. II. p. 535. nr. 17.—Dissent. *de Schroeter* p. 117. (nr. 5.) —Vid. et *Hasse* T. II. p. 348 sqq. — Cf. et *Rosshirt* l. l. p. 83 sqq.

12) Cf. supra § 760. not. 7.

13) Nam cf. *de Schroeter* p. 117 sqq. et *Hasse* l. l. T. III. p. 526 sq.

14) *Hasse* T. II. p. 362. nr. 21. — *Müller* § 42. — de *Schroeter* p. 147. in f. seq. (nr. 2—5.).

15) Nam vid. supra § 734. not. 1.

16) *Hasse* T. III. p. 375. (nr. 3.)

17) L. 35. § 7. D. *h. t.*

18) L. 5. § 17. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV, 9.)

19) L. 29. D. *h. t.* — *Cramer* l. l. p. 82 sq. — Nec vero impeditur, qui rem datam repetere velit, quo minus condictione utatur, L. 30. L. 39. *eod.* et not. seq. — Caeterum res quoque repetantur, quas nancepit donatarius. L. 13. pr. L. 33. D. *h. t.* —*Hasse* T. II. p. 340 sqq.—At restituere etiam, qui rem repetit, necesse habet, quae utiliter impensa sunt in rem, L. 14. D. *h. t.*

20) L. 18. § 1. L. 24. L. 35. § 3. L. 37. § 1. D. *h. t.* — *Hasse* T. II. p. 353. not. 164.

nomine jus aufertur successoribus (§ 782.). Neque vero una est harum causarum omnium vis et potestas. Etenim nunc totum jus successionis, quod antea fuit, commutatur, nunc pro parte retinetur, itemque modo in deficientis locum hi succedunt, qui una cum illo vocati sunt ad successionem, sive omnium bonorum sive certarum rerum, modo ad alios jus defertur, modo a fisco vindicatur eripiturque. Quae quidem omnia ita nunc persequemur, ut primum exponamus, quomodo et citra honoratorum voluntatem jus succedendi impediatur, dein de juris repudiatione videamus, postremo vero loco ea pertractemus, quae singulis causis adsignari commode nequeunt; quod genus est caducorum vindicatio et adcrescendi jus.

§ 765. I. *Causarum, quae citra honoratorum voluntatem jus succedendi impediunt*, A) *summaria descriptio.*

Causae jus succedendi vel tollentes vel impedientes, quae quidem non ex voluntate proficiscuntur eorum, qui honorantur, aut communes sunt hereditariarum successionum cum aliis juribus (§ 118.), aut propriae hereditatum vel legatorum. Atque e communium quidem genere causarum eas tantum hoc in loco perhibebimus, quae non nisi ad legata pertinent ac fideicommissa, et uno possunt absolvi verbo, ut rei interitus [1]), ut duarum causarum lucrativarum concursus [2]), ut diei aut conditionis resolutivae legatis vel fideicommissis adjectae eventus [3]). De reliquis vero causis, sive ad communes sive ad proprias referendae sint, aut supra jam exponi argumentorum ratio postulabat ac nexus [4]), aut mox dicetur junctim. Qui quidem locus cum maximam partem in testamentorum vel vitiis vel impedimentis exponendis versetur, jam id agemus, ut de universo isthoc testamentorum genere breviter ac summatim praecipiamus [5]). Igitur non valet testamentum aut propter vitium ei adhaerescens, aut propter impedimentum, quod postea ei accedat. I. Et quae ad prius genus sunt referenda, *nulla in genere* fere solent appellari testamenta [6]). Ipsum autem vitium aut in personis positum est sive testantium, sive eorum, qui honorantur, tum etiam in imperfectae voluntatis judiciique ratione, aut in solennitatum defectu (vocatur non jure factum, s. injustum testamentum) [7]), aut in eorum neglectu, quae ad jus spectant necessariorum successorum; cujusmodi testamentorum item tres solent proponere formas: nullum ex jure civili, nullum ex jure Praetorio, inofficiosum [8]). Et haec quidem de vitiis testamentorum. II. Impedimentorum autem triplex est species. Aut enim a) status mutatur testatoris, quae species est irriti

§ 765.

1) Cf. L. 47. § 6. et L. 108. § 11. *de leg.* I. — — § 21. I. *de leg.* — L. 1. § 1. L. 5. D. *de instr. leg.* (XXXIII, 7.)—§ 17. I. *de leg.*—L. 1. et 2. D. *de pecul. leg.* (XXXIII, 8.) — Cf. L. 65. *de leg.* I. et *Vinn.* ad § 17. I. laud. nr. 1.

2) § 6. I. *de leg.* — L. 108. § 4. *de leg.* I. — Cf. L. 21. § 1. *de leg.* III.

3) L. 26. C. *de leg.* (VI. 37.) — Cf. L. 55. *de leg.* I. —*Goeschen* obs. jur. rom. III. not. k. p. 65 —73. — Cf. et § 647. in f.

4) Nam vid. a) § 643—645. (cf. et § 767.) — b) § 693. 695. 696.—c) § 702. 728. 731.—d) § 721. not. 1. et § 735.

5) Inst. (II, 17.) *quibus modis testamenta infirmantur.* — Dig. (XXVIII, 3.) *de injusto, rupto, irrito facto testamento.* — *Auctoris* contin. XXXVIII, p. 118—120.

6) I. e. si discesseris ab uno illo, quod inofficiosum vocatur testamentum.

7) At a juris nostri auctoribus injusti testamenti nomen ad ea quoque solet referri testamenta, quae propter jus necessariorum heredum nullius momenti habentur. Cf. L. 3. § 3. et L. 6. § 1. D. *h. t.* (XXVIII, 3.).

8) Sunt, qui etiam quartam adjiciant speciem: testamentum nullum ex jure novo. De quo vid. § 775.

facti testamenti [9]; aut b) destituitur testamentum, propterea, quod aut nolit heres aut nequeat acquirere hereditatem, aut c) rumpitur, idque duplici contingit ratione, aut postumi agnatione, aut mutata testatoris voluntate.

§ 766. *Itemque* B) *de his, quae non jure relinquuntur testamento, praeceptum generale.* (*Catoniana regula.*)

Cum, quod caput est testamenti, heredis institutio deficit, nec est, qui in heredis locum cum onere legatorum succedat [1]), etiam corruent, quae praeterea sancita sunt testamento vel codicillis [2]). Contra vero, cum ea valere non possunt, quae in adjunctorum tantum numero sunt, reliqua in suo statu permanebunt atque integra; iisque fere deferentur legata vel fideicommissa, a quibus relicta sunt [3]). Et quemadmodum in aliis negotiis, sic etiam in testamentorum jure obtinuit, ut, quod ab initio nullius momenti sit vel etiam postea infirmetur, id e medio sublato vitio vel impedimento tamen plerumque non convalescat [4]). Idemque etiam seorsim legatorum nomine inculcatur praeceptum Catoniana regula [5]), eum in finem maxime proposita, ut tempus intelligeretur, quo inciperet jus legatorum [6]). Quae quidem regula ex juris nostri auctorum interpretatione nec ad ea pertinet legata, quorum post aditam hereditatem dies cedit [7]), nec omnino ad conditionalia legata [8]), nec vero ad novas leges [9]), i. e. ad leges Juliam et P. P. [10]). Sunt tamen, qui putent, numquam fideicommissorum jus e regula Catoniana pependisse, adeoque, propter fideicommissorum et legatorum exaequationem (§ 720.), regulam istam in usu esse desiisse Justinianeo jure [11]). Cui tamen opinioni quo minus adstipulemur, his maxime impedimur rationibus: primum, quod, non passim atque obiter, sed ex professo de Catoniana regula in jure Justinianeo tractatur; deinde, quod, quae de testamentifactione civili jure agnita erant, ea etiam ad fideicommissorum jus translata sunt [12]). Neque

9) Etiam irriti testamenti vocabulum promiscue usurpatur. Vid. v. c. L. 1. et 12. pr. D. *h. t.* — L. 81. *de leg.* II. et cf. *Brisson.* de V. S. h. v.

§ 766.

1) Cujusmodi in deficientis locum heredis successio pluribus effici potest modis, ut plurium heredum institutione, ut substitutionibus (cf. L. un. § 4. C. *de cad. toll.* VI, 51.), ut codicillaris clausulae adjectione (L. 88. § 17. *de leg.* II. et cf. § 686.), et, quae est similis species, ab intestato succedentium institutione eâ lege facta, ut omnem in eventum testatoris voluntatem implerent (L. 77. § 23. *de leg.* II.), denique legis auctoritate, aut ab intestato successores in heredis locum substituentis (§ 767. in f. § 770. § 775.), aut fiscum (L. 96. § 1. *de leg.* I.—L. 60. § 1. D. *de cond. et demonstr.* (XXXVI, 1.) L. 14. D. *de jure fisci* (XLIX, 14.)— Vid. infra § 786.).

2) L. 178. D. *de reg. jur.* — Cf. et § 113. nr. 1. L. 1. C. *de codicill.* (VI. 36.) et §§ seqq. — Vid. *Francke* Beiträge zur Erläut. einzelner Rechtsmaterien (Gött 1828.) p. 136 sq. (§ 6.).

3) Dig. (XXXIV, 8.) *de his, quae pro non script. habentur.* — L. un. § 8. in f. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) (vid. et L. 17. pr. *de leg.* II.).—Cf. L. un. § 7. *eod.* et infra § seq.

4) L. 29. L. 201. L. 210. D. *de reg. jur.* — § 1. I. *verb.*: « Nec ad rem pertinet » *quib. non permitt. fac. test.* — Caeterum vid. L. 62. pr. D. *de H. I.* (XXVIII, 5.) (§ 642. nr. 4.).

5) Dig. (XXXIV, 7.) *de regula Catoniana.* — *Gr. Majansii* diss. de reg. Caton., in *ej.* Disp. T. II. p. 144 sqq. —Vid. *Averanii* interpr. IV, 21. — *E. L. Harnier* de reg. Caton. Heid. 1820.— *Rosshirt* Archiv f. civilist. Praxis X. p. 328 sqq. et *ejus* Lehre von den Vermächtnissen T. I. p. 413 sq.—*Guyet* Abhandl. Nr. V.—*Muller* Arch. f. civ. Pr. T. XIV. Nr. XIII.—*Arndts* in Rhein. Mus. T. V. Nr. IX.

6) *Harnier* l. l. § 6 sq.— Dissent. *Arndts* l. l.— L. 41. § 2. D. *de leg* I.

7) L. 3. D. *h. t.* (XXXIV, 7.)— Cf. *Averan.* l. l. nr. 9. 10. et *Hoepfner* Comment. § 482. not. 3.— Vid. et *Harnier* l. l. § 9. p. 23 sqq.

8) § 4. *eod.* (cf. § 114. not. 1.) — § 32. I. *de legat.*

9) L. ult. *eod.*

10) *Cujacii* obs. IV, 4.—*Majansius* l. l. § 28.— *Harnier* l.l.§ 11.—*Guyet* l.l. p. 116 sq. not. 25.— *Rosshirt* l. l. p. 424. Nr. 2. — Cf. *Muller* l. l. p. 298 sq. (Nr. 1.)

11) *Schoeman* Handb. des Civilr. II. Nr. VIII. —*de Loehr* in *ejus* et *Grolmanl* Mag. III. p. 196 sq.—*Schilling* Bem. üb. Röm. R. G. p. 24. not. 30. —*Guyet* l. l., qui quidem novis rationibus sententiam suam defendit. Contra vid. inprimis *Harnier* l. l.— *Rosshirt* l. l.—*Müller* § 12—14.

12) Vid. supra § 722. not. 1. § 724. not. 1. et not. 3. Add. *Gaji* Inst. II. § 285. et 287.—*Ulp.* Fr. XXV. § 4. 6. et 17.—*Rosshirt* l. l. p. 334. nr. 1.—*Harnier* l. l. § 14.

igitur dubitamus, quin loca, quae contraria esse videri possint [13]), aut eo explicemus, quod nulla antiquitus forma in fideicommissis esset observanda [14]), aut, quod magis placet, de causis exceptis [15]) intelligamus, adeoque illis locis statuamus, confirmari potius, quam labefactari Catonianae regulae usum [16]).

§ 767. C) *Singulatim 1) de vitiis testamentorum, iisque a) aut ex personarum conditione aut ex voluntatis defectu imperfeciove testatoris judicio oriundis.*

Quodsi testamentifactione caret aut testator aut heres, plerumque nullius momenti est testamentum (§ 639 — 641.); partes autem hereditariae, incapacibus adscriptae, tum etiam legata his relicta, qui nihil testamento capere possunt, pro non scriptis habentur, ideoque reliquis cedent, qui eo testamento honorati sunt [1]). Similis est eorum causa, quae aut ita in testamentis scripta sunt, intelligi nequeant [2]), aut de quibus non apparet, utrum ex certo testatoris judicio profecta sint, nec ne [3]); quo in genere est, quae contra SCti Libonlani praeceptum scripta sunt [4]), praeterquam quod haec quidem cum onere apud heredem remanent [5]). Praeterea inutilia sunt, et quae inchoata relinquuntur (§646.), et quae vi metuque acta, vel dolo malo elicita sunt, vel etiam errore, eoque tali, qui necessarium excludat consensum (§ 643.). Quodsi tamen errore ductus testator, quasi mortuus esset, qui alioquin ei erat successurus, alium instituit, tum ad illum, qui errore exclusus est, tamquam ex institutione, hereditas defertur cum onere [6]).

§ 768. b) *De testamentis, quae non jure condita sunt.*

Quae non exactissime ad juris ordinem solennitatemque conduntur testamenta, nulla ex parte vires habebunt [1]), nisi aut codicillaris clausula addita illis sit (§ 686.), aut sponte hi, qui heredes existunt, defuncti voluntatem agnoscant impleantque [2]). Quid? quod nec repeti poterunt, quae juris ignorantia implevit heres, cum propter vitium testamenti inutiliter essent relicta [3]).

13) L. 1. § 1. et § 5. L. 7. pr. *de leg.* III.
14) *Schulting* in jurispr. vet. ante-Justin. ad *Ulp.* Fr. XXV. § 4. not. 11.—*Harnier* l. l. § 16 sqq. *Muller* l. l. § 11.
15) Vid. supra § 722. not. 2. 3. § 724. not. 4.
16) Cf. § 62. not. 11.

§ 767.

1) L. 5. pr. L. 4. D. *de his, quae pro non script. hab.* (XXXIV, 8.) —L. un. C. § 2. 3. et 4. *de cad. toll.* (VI, 51.)
2) L. 2. D. *de his, quae pro non scr.* et supra § 645. not. 1.
2) Vid. § 644.—Cf. L. 54. D. *de leg.* I.
1) L. 1. D. *de his, quae pro non scr.*—L. 4. C. *de his, qui sibi adscrib. in test.* (IX, 23.)—Cf. supra § 644. nr. 2.
5) L. 5. D. *de his, quae pro non scr.* — Cf. et L. 26. § 6. D. *de fideic. libert.* (XL, 5.)—*Francke* Beiträge p. 123—127.
6) L. 28. D. *de inoff. test.* (V, 2.)— L. 92. D. *de H. I.* (XXVIII, 5.) — *Francke* Beitr. p. 139 sq. (nr. 3.).—*Auctoris* comm. *Glückii* contin. XXXV. p. 380—390. XXXVIII. p. 349 sqq. (Nr. 1.)

§ 768.

1) L. 4. in f. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.) — L. 12. C. *de testam.* (VI, 23.) — L. 23. C. *de fideic.* (VI, 42.)—Cf. et L. 22. § 4. D. *qui test. fac. poss.*—*Auctoris* contin. XXXVIII. p. 126—128.
2) L. 2 et 23. C. *de fideic.* — At vide *Auctoris* contin. XXXVIII. p. 134—142. p. 151—168.
3) Arg. L. 7. C. *de cond. ind.* (IV, 5.) et L. 2. C. *si adv. solution.* (II, 33.) — Caeter. cf. L. 8. C. *de jur. et f. ign.* et Archiv f. civ. Praxis II. p. 392—394.

§ 769. c) *De testamentis, quibus jus successorum necessariorum neglectum invenitur* (*).
α) Nullum t. ex jure civili, eoque antiquo, ut vocant.

Cum suus heres praeteritus est, ex ejus quidem juris ratione, quod ante Nov. 115. c. 3. et 4. obtinebat[1]), itidem universim corruit testamentum[2]). Poterit tamen suus heres, abstinendo sese a paterna hereditate, efficere, ut salva maneat testatoris voluntas, tamquam si secundum tabulas bonorum possessio a scriptis heredibus impetrata sit[3]). De eo autem, num mortuo ante testatorem filio, eoque praeterito, idem obtineat jus? cum jam inter veteres JCtos disceptaretur[4]), juris quidem nostri compositores eorum improbarunt opinionem, qui similiter ad institutum heredum pertinere hereditatem censerent[5]). Caeterum hereditatis petitionem, qua ad impugnandum patris testamentum utuntur sui heredes, *querelam nullitatis ex jure antiquo* appellare nostrae aetatis JCti consueverunt[6]).

§ 770. β) *De testamentis, quae Praetorio jure rescinduntur* (*).

Praetorio jure non valet testamentum, quo liberi praeteriti sunt, sive sui sint, sive emancipati[1]); idque postea jus etiam ad alios translatum est, qui, cum legitimis nuptiis originem a testatore ducant atque genus, tamen ex juris civilis ratione non subjiciantur potestati ipsius, velut ad emancipatorum liberos, quos emancipatione facta filius suscepit, tum ad eos, qui in adoptionem dati at vivo naturali patre rursus emancipati sunt a patre adoptivo[2]). Praetor igitur, velut rescissa emancipatorum capitis deminutione[3]), liberis praeteritis, dummodo non agnoverint patris judicium[4]), contra tabulas bonorum possessionem ac-

§ 769.

(*) Cf. supra § 676 — 684. et ibi (§ 676. not. *.) laudd. scriptores. — Add. *C. G. Haubold* (Pr. *de Winckler*) D. de differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum. P. I. Lips. 1784. (et in opusc. T. I. Nr. I.) et imprimis *W. Francke* das Recht der Notherben u. Pflichttheilsberechtigten. Gött. 1831.

1) Vid. supra § 676. et § 682. — Add. *Francke* Notherbenrecht p. 72 sqq. (§ 6.).

2) *Gaji* Inst. II. § 123. — *Ulp.* Fr. XXII, 16. — L. 1. L. 17. D. *h. t.* (XXVIII, 3.). — Cf. L. 4. C. *de lib. praeter. v. exhered.* (VI, 28.) — *Francke* l. l. p. 74—96.

3) Arg. L. 12. pr. in f. D. *de int. in jure fac.* (XI, 1.) — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 326 sqq. — Huc non attinet L. 17. in f. D. *h. t.* (XXVIII, 3.) — *Francke* p. 108 sqq. (Nr. 1.) — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 329 sqq.

4) *Gaji* Inst. II. § 123.

5) Pr. I. *de liber. exhered.* vers.: *adeo quidem* rel. At sunt, qui tale testamentum Praetorio quidem jure nullum non esse censeant, velut *Vinnius* ad pr. I. laud. nr. 6. Frustra tamen provocant, qui hanc defendunt sententiam, ad testamentorum exempla, quae aut postumi agnatione rumpuntur (L. 12. pr. *h. t.* XXVIII, 3.), aut contra tabulas b. possessione rescinduntur (L. 2. pr. D. *de B. P. sec. tab.* XXXVII, 11.); quippe quae aut non statim ab initio, aut non civili jure nullius sint momenti. — Cf. *Auctoris* Beurtheil. d. Städelschen Beerbungsfalls p. 23—25. — *Francke* l. l. p. 115—120. — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 310—324.

6) Cf. supra § 676. not. 5. in f.

§ 770.

(*) Dig. (XXXVII, 4.) *de bonorum possessione contra tabulas* et Cod. (VI, 12.) *de B. P. c. t., quam Praetor liberis pollicetur.* — *A. Gu. Foerster* de bonorum possessione liberorum praeteritor. contra tabulas parentum (Vratisl. 1825.) Part. II. — *Bluntschli* Erbfolge gegen den letzten Willen (§ 676. not. *.) p. 60—117. — *Francke* Notherbenrecht p. 121 sqq. (§ 10—14.). — *Auctoris* contin. XXXVII. p. 1—89.

1) § 3. I. *de exhered. liber.* — § 12. I. *de her., quae ab int. defer.* — L. 1. pr. et § 1. D. *h. t.* — *Francke* Notherbenrecht p. 125—129. — *Auctoris* cont. l. l. p. 4 sqq. et p. 52—72.

2) L. 4. D. *de conj. cum em. lib.* (XXXVII, 8.) — L. 14. § 1. D. *h. t.* (cf. § 621. not. 7.). — § 4. I. *de exher. liber.* — L. 1. § 6. D. *h. t.* — *Foerster* l. l. p. 178—201. — *Auctoris* contin. l. l. p. 62—68.

3) L. 6. § 1. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.) — *Foerster* p. 141. (§ 3.). — *Id.* p. 154—178.

4) Cf. L. 3. § 15. 16. L. 14. pr. D. *h. t.* — L. 14. pr. L. 15. pr. in f. L. 16. in f. D. *de leg. praest.* rel. (XXXVII, 5.) — Caeter. vid. L. 10. § 3. D. *h. t.* — Cf. *Foerster* p. 327 sq. — *Auctoris* contin. p. 88 sqq.

commodavit. Exheredati ad hanc bonorum possessionem non admittuntur[5]), licet, per alium commisso edicto, ab eodemque impetrata bonorum possessione, fieri possit, ut etiam exheredatus partem accipiat, quae ab intestato ad ipsum erat perventura[6]), tum quoque, si institutus heres praeterito filio totam praestitit hereditatem jure contra tabulas bonorum possessionis[7]). Caeteroquin per contra tabulas bonorum possessionem non efficitur, ut ab intestato succedatur[8]), neque in totum corruit rescissis tabulis. Sustinentur enim pupillares tabulae[9]), itemque tutorum dationes[10]), et legata quibusdam personis relicta[11]), i. e. cum quae parentibus et liberis[12]), qui quidem ipsi non impugnabunt testamentum[13]), tum ea, quae uxori, nuruique dotis nomine relinquuntur[14]). Caeterum suis quoque heredibus, iisque praeteritis, qui contra tabulas bonorum possessionem petunt, aliqua ex parte veteri jure uti permittitur, siquidem conjunctis praestare legata personis minime illi necesse habent[15]). Quin etiam obtinuit, ut idem emancipato quoque fratri, eidemque praeterito, prodesset jus[16]). Fieri etiam potest, ut instituto necessario heredi (sive civili, sive praetorio jure sit necessarius) contra tabulas bonorum possessio detur, alio scilicet necessario herede praeterito[16a]). Contra vero, si is, qui necessarius est, sive civili sive praetorio jure, heres, a patre institutus tamen petit contra tabulas bonorum possessionem, perinde debet praestare legata, atque si ex paterno testamento adiisset hereditatem; nisi si jure suo ipse utitur is, per quem committitur edictum. Quo quidem facto, si per suum heredem committitur edictum, is quidem totum suum retinebit jus, emancipatus vero, idemque heres institutus, contra tabulas b. p. accipiens, conjunctis personis praestabit legata. Sin per emancipatum committitur edictum, at alter fratrum, qui quidem institutus est testamento, sive suus sit sive emancipatus, item petit contra tabulas B. possessionem, uterque legata solvere conjunctis personis necesse habet[17]). Quemadmodum autem adversus matris testamentum non datur contra tabulas B. p., non magis quam nullitatis querela ex jure veteri, quam vocant[18]): sic nec illud fieri potuit veteris juris ab intestato succedendi immutata conversaque ratione, ut ne amplius edicto de

5) L. 8. pr. L. 10. § 5. D. *h. t.* — *Foerster* p. 399 sq. (§ 132.)—*Auctoris* contin. p. 8 sq.

6) L. 1. § 9. D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII, 6.) — Cf. L. ult. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2.) (vid. not. seq.). — *Auctoris* contin. p. 14 sq.

7) L. 20. pr. D. *h. t.* — *Foerster* l. l. p. 400 — 403. (§ 133. 134.)—*Francke* p. 141 sq.— *Auctoris* contin. p. 9—14.

8) *Francke* l. l. p. 136 sqq. (§ 12.).—*Auctoris* contin. p. 45—52.

9) L. 34. § 2. D. *de V. et P. S.* (XXVIII, 6.) — L. 5. pr. D. *de leg. praest.* rel. (XXXVII, 5.)— Caeter. cf. L. 22. D. *de V. et P. S.* — L. 2. pr. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV, 9.) — *Auctoris* contin. p. 18 sq.

10) *Foerster* l. l. p. 398.

11) Dig. (XXXVII, 5.) *de legatis praestandis c. t. bonorum possessione petita.* — Vid. *J. F. de Retes* ad h. l. (*Meerm.* VI. p. 506 sqq.).—*Foerster* l. l. p. 405—460. — *Bluntschli* l. l. p. 90—96. — *Francke* p. 145 sqq. (§ 13.). — *Auctoris* contin. p. 20 — 30. — At non ultra viriliem partem legata conjunctis personis debentur.—Cf. L. 6. L. 7. L. 8. pr. § 1. et 2. *eod.*

12) L. 1. L. 2. L. 3. D. *eod.*—Cf. L. 1. C. *h. t.*

13) L. 5. § 2. et 4. *de leg. praest.* rel. — L. 18. § 1. D. *h. t.* — Caeter. vid. L. 5. § 3. *de leg. praest.* rel.

14) L. 1. pr. in f. L. 8. § 3 — 6. L. 9. L. 10. pr. et § 1. D. *de leg. praest.* rel.

15) L. 15. pr. D. *de leg. praest.* rel. « — — cum et sine hac (b. p.) hereditatem habiturus sit suo jure.» —*Auctoris* contin. p. 23.

16) L. 15. pr. *eod. vers.* : « Unde si duo———, verius est, quod dictum est. » — *Auctoris* contin. p. 28—30.

16*a*) L. 3. § 11. D. *h. t.* — « Plane si alius committat edictum et ipse ad c. t. possessionem admittetur. »

17) Cf. inter se L. 15. § 1. L. 16. *eod.*— *Auctoris* contin. XXXVII. p. 31 sqq. ubi et disquiritur, quid sit juris cum secundum tabulas institutus contra vero tabulas praeteritus succedit heres de quo vid. L. 14. D. *eod.*

18) L. 4. § 2. D. *h. t.* — L. 13. C. *de inoff. test.* (III, 28.) — Dissent., quod quidem ad jus novissimum attinet, *Koch* B. P. p. 131 sq. et p. 345. — At vid. *Auctoris* contin. XXXV. p. 184 sq. not. 19. XXXVII. p. 52 sq.

conjungendis cum emancipato liberis in contra tabulas bonorum possessione locus esset[19]) : quandoquidem nullo unquam tempore prorsus idem fuit et ab intestato succedentium et necessariorum heredum jus[20]).

§ 771. *γ) De inofficioso testamento, scil. ex eo jure, quod ante Nov. 115. c. 3. et 4. obtinebat* (*). *αα) Notio et personae, quibus queri licet de inofficioso testamento.*

Inofficiosum illud voco testamentum, quo, ex successoribus necessariis aliquis, quamvis nullâ neglectâ exheredationis forma, tamen inique exclusus est. Et cum antiquitus nullum esset jus necessariorum successoribus [1]), paullatim etiam obtinuit, ut de iniquo testatoris judicio atque impio, quae proxime ei conjunctae fuerant personae, nisi pars ipsis relicta esset bonorum, quasi ille non sanae mentis fuerit, apud centumviros conquererentur [2]). At diu haec res incertis stetit finibus, cum personarum, quae admitterentur ad querelam [3]), tum bonorum quantitatis, quae ad excludendam querelam sufficeret, donec utrumque certo jure definitum est, idque eo modo, quem supra, de legitima quantitate disserentes, descripsimus [4]). Jam vero illud invaluerat jus, de quo item plenius ante tractavimus: ut suis heredibus, iisque, qui Praetoris fictione instar haberentur suorum, nisi aut heredes instituerentur aut legitimo modo exheredes scriberentur, remedia comparata essent adversus patris testamentum (§§ 769. 770.). Tribus igitur potissimum modis patris testamentum a suis heredibus impugnari poterat: nullitatis querela, quam vocant, contra tabulas bonorum possessione, inofficiosi testamenti querela; duobus ab emancipatis et qui horum essent similes. At vero contra matrum testamenta, aut liberorum, aut fratrum non nisi inofficiosi querela locum habuit [5]). Quibus autem personis, tum, quo ordine deferatur querela, id e jure legitimae portionis percipiendae totum pendet [6]). Itaque primo loco liberi vocantur [7]), secundo parentes (§ 678. nr. 2.), tertio fratres germani consanguineive, qui quidem non aliter admit-

19) De quo quidem edicto vid. Dig. (XXXVII, 8.) *de conjungendis cum emancipato liberis ejus.* — Cf. § 626. not. 8 — 10. et *Foerster* l. l. p. 259 — 272. — Item dissent. *Koch* B. P. p. 118. et p. 185 sq. — At vid. *Auctoris* contin. XXXVII p. 306. (Nr. 3.)

20) Cf. *Püttmanni* opusc. syll. p. 23 sq. p. 48. sqq. — *Haubold* l. l. (de diff. int. test. null. et inoff.) p. 27. — *Glück* Pand. VII. p. 9 sqq. et supra § 678. in f.

§ 771.

(*) Inst. (II, 18.). Dig. (V, 2.) Cod. (III, 28.) *de inofficioso testamento.*

1) L. 120. D. *de V. S.* (L, 16.) (cf. supra § 676.). — Vid. et *Liv.* I. 34. — *Valer. Maxim.* VII. c. 7. nr. 1. 2. 4. et quae not. seq. excit. — *Ev. Otto* ad pr. I. de exher. liber. Nr. 3. et 4. — *Jo. v. de Water* obs. I, 11. — *Bynkershoek* obs. II, 12. — Caeterum dissent. *Haubold* l. l. c. III.

2) Cf. *Valer. maxim.* VII, 7. (*A. Schulting* de testamentis rescissis; in comment. acad. I. nr. 6.). — *Plin.* ep. V, 1. et VI, 33. — Pr. I. *h. t.* — L. 2. L. 5. L. 13. in f. L. 17. § 2. D. *eod.* — L. 36. *de leg.* III. (*L. Ann. Sen.* de clem. I, 14.). — *Siccama* de jud. centumvir. II, 6. et ibi *Zepernickius.* — *Schilling* Bem. üb. R. R. G. p. 191 sq. — *Francke* Notherbenrecht p. 168 sq. p. 251 sq. — *Auctoris* contin. XXXV. p. 336 sq. et de insaniae fictione ibid. p. 342 sq. not. 92. et *Huschke* in Rhein. Mus. VI. p. 340 sqq.

3) Cf. *Valer. Maxim.* et *Plin.* l. l. l. l. et L. 1, D. *h. t.* (§ 678. not. 3.). — *Bynkerhoek* obs. V, 5. — *Auctoris* contin. XXXV. p. 141 — 145. p. 330 sq.

4) Cf. § 678. et § 679. — *v. de Water* obs. I, 11.

5) Quod quidem jus, quomodo immutatum et quodammodo auctum sit per Nov. 115., ex iis apparebit, quae infra (§ 775.) hac de re dicentur.

6) Cf. supra § 678. — *Bluntschli* l. l. p. 141 sqq. (§ 16.). — *Francke* l. l. p. 172 sqq. (§ 17.)

7) Cf. supra § 678. nr. 1. — Caeterum exheredatis velut praemuniendae querelae causa *bonorum possessio litis ordinandae gratia* dari solebat. Vid. L. 8. pr. D. L. 2. C. *h. t.* (cf. L. 6. in f. L. 7. D. *h. t.*). — *Schilling* Bemerk. üb. Röm. R. G. p. 211—213. Quam quidem b. p. plerique sic interpretantur, quasi *emancipatis* tantum *praeparandae litis causa* (vid. § 773. not. 8.) data sit. *Koch* bon. poss. § 10. — *Bluntschli* p. 184 sq. — *Francke* l. l. p. 315. in f. sq. — *Auctoris* contin. XXXV. p. 155—157. XXXVII. p. 360 sq. (Nr. 4.)

tuntur ad querelam, nisi is sit heres testamento scriptus, qui aut infamiae, aut turpitudinis, aut levis notae macula laboret[8]). Licet autem in liberorum ascendentiumve ordine et remotiores admittantur ad querelam, tum vero jus accrescendi agnoscant juris nostri auctores[9]), itemque ordinum successionem[10]), tamen graduum successioni locum non fuisse in querelae instituendae jure, rectius statuitur[11]).

§ 772. ββ) *Querelae de inofficioso testamento indoles, vis et potestas.*

Per hanc querelam ipsa hereditas petitur[1]), idque ab eo adversario, qui vel heres institutus est vel in heredis locum successit[2]). Et qui ex descendentium vel ascendentium ordine queruntur, se inique, i. e. aut propter nullam aut propter non sufficientem causam, exheredatos esse vel praeteritos probare necesse habent[3]); at fratres praeterea de eo: institutum heredem ex notatorum esse numero, judici debent fidem facere[4]). Rescisso autem per hanc querelam testamento non solum heredis institutiones concidebant, verum etiam ea, quae praeterea sancita erant testamento[5]), praeterquam quod certis ex causis legata nihilominus peti poterant[6]), tum etiam pupillares substitutiones, pro parte tantum rescisso patris testamento, salvae manebant[7]). Jam vero, cum plures adsunt necessarii heredes ejusdem ordinis, licet non nisi pro sua parte ad quemvis pertineat querendi jus[8]), tamen, quoniam jus accrescendi in hac querela locum habet (§771. not. 9. et infra not. 10.), haud incongruum esse videtur, ut unusquivis, *simpliciter* mota querela, in totum rescindat testamentum, sic

8) Cf. § 678. not. 10. Add. *J. L. E. Püttmanni* D. de quer. inoff. fratrib. uterinis haud concedenda (in opusc. syll. Nr. I.) et *ejusd.* dissertat. vindiciae (ib. Nr. II.).—*Haubold* l. l. p. 25 sqq.

9) L. 23. § 2. D. *h. t.* — Cf. L. 16. pr. et L. 17. pr. *eod.* et *Vinn.* sel. jur. qu. I. 21: § *Pendet.* (cf. § seq. not. 9.). — *Auctoris* contin. XXXV. p. 399 — 421. p. 434. in f. sq. Caeter. vid. *Francke* l. l. p. 275 sq.

10) L. 14. L. 31. pr. D. *h. t.*—Cf. et, quod omnino attinet ad totum hocce de jure succedendi in querela argumentum, *Schrader* de nexu success. ab intest. et querelae inoff. testamenti c. III. § 81 sqq., nec non *A. Schweppe* de quer. inoff. test. successori necessario—concedenda, nec ne (Goett. 1803.) § 24 sqq.— *Glück* VII. p. 378 sq. et *Auctoris* contin. XXXV. p. 476 sqq.

11) Vid. *Koch* B. P. p. 290 sq. — *Glück* Pand. VII. p. 380—392. Sunt tamen, inter eosque magni nominis JCti (velut *Vinnius* sel. jur. qu. I, 20.), qui dissentiant. Nec ejus rei probandae causa provocare licebit ad L. 9. § 2. D. *de lib. et posth.* (XXVIII, 2) et L. 6. pr. D. *de inj. vel irr. f. test.* (XXVIII, 3.)—Vid. *Auctoris* contin. l. l. p. 476.—At non solum ex communibus de jure succedendi ab intestato antiquiori principiis nostra sententia defendi potest (*Gluck* Intestaterbfolge § 105. nr. 1. et 2. — ed. 2. —), verum etiam, quod quidem ad descendentium ordinem attinet, diserte confirmatur Justiniani constitutione, quae est L. 34. C. *h. t.*—Caeterum ab iis, qui et novissimo jure querelae esse usum existimant in descendentium et ascendentium ordine, contraria sententia arg. Nov. 118. c. 1., defendi posse videtur.— Vid. omnino *Francke* l. l. p. 476. in f. — 285. — *Auctoris* contin. XXXV. p. 475—480.

§ 772.

1) Cf. L. 8. § 8. L. 20. L. 21. § 2. D. *h. t.*—L. 7. § 1. D. *de hered. pet.* (V, 3.) — L. 34. C. *h. t.* — Caeter. inofficiosi testamenti querelam ipsam esse hereditatis petitionem, a multis negatur, qui non nisi praecursoriam eam esse quandam actionem opinantur, velut *Otto* ad pr. I. *h. t.* nr. 6., *Haubold* l. l. p. 16. et *C. A. C. Klenze* querelae inoffic. testamenti natura, Berol. 1820. At vid. quae contra scripsit *Vinnius* sel. jur. qu. I, 19. et *Auctoris* contin. XXXV. p. 44—52.

2) Cf. L. 8. § 10. D. *h. t. verb.:* «Quoniam ante editam hereditatem nec nascitur querela.» — L. 8. § 2. *eod.* — L. 1. et 10. C. *eod.* et infra not. 13—15.—*Francke* p. 285—288. (§ 22.)—*Auctoris* contin. p. 352—361.

3) L. 3. et L. 5. § 1. D. *h. t.* — A cujus tamen probationis molestia jam ante Nov. 115. sanctionem aliqua ex parte levati sunt liberi L. 28. C. *h. t.* (L. 2. Th. C. *h. t.*)—Omnino autem heredi instituto adversus necessarios successores probandi onus incumbere, argumentis haud levibus post alios defendit *Francke* l. l. p. 295 — 298. — At vide contra *Auctoris* contin. XXXV. p. 125—133.

4) Arg. L. 27. C. *h. t.*—*Francke* p. 291.

5) L. 8. § 16. D. *h. t.* — Cf. et L. 21. § 2. D. et L. 22. C. *eod.*—*Francke* § 23.— *Auctoris* contin. p. 362—364.

6) a) L. 28. D. *h. t.*—*Auctoris* contin. p. 389—390.—b) L. 17. § 1. D. *h. t.*— L. 14. § 1. D. *de appellat.* (XLIX, 1.)—*Auctoris* contin. p. 375 — 380.

7) L. 8. § 5. D. *h. t.* (§ 674. not. 6.)— *Auctoris* contin. p. 374. not. 69.

8) L. 8. § 8. L. 16. pr. L. 19. D. *h. t.*—*Auctoris* contin. p. 393—397.

tamen, ut, si ille obtinuerit, reliquis quoque prosit victoria [9]). Quodsi unus et alter e necessariis sucessoribus aut jure suo se abdicavit, aut praescriptione exclusus est, vel etiam judicis sententia, itidem reliquis accrescet portio velut vacans querclae [10]). Atjam statim initio non nisi pro parte locum habet querela, cum aut successores necessarii, aliis ejusdem ordinis praeteritis, heredes instituti sunt [11]), autrite nec inique aliquis exclusus est ex eo numero [12]), tum etiam suapte natura, cum fratribus querentibus, diversae conditionis homines heredes instituti sunt [13]), vel adversus plures heredes diversis judiciis, qui queretur, experiri necesse habet [14]). Unde nullo negotio intelligitur, quid sit, quod dicitur: fieri posse querela inofficiosi testamenti usu, ut pro parte aliquis testatus, pro parte intestatus decedat [15]).

§ 773. γγ) *Quibus ex causis impediatur inofficiosi test. querela.*

Causae, quae impediunt, quo minus locum habeat inofficiosi testamenti querela, aut ex privilegio proficiscuntur testantium, aut ex voluntate eorum, qui queri possunt, aux ex ipsius natura actionis. Et in priore quidem genere non nisi unum est castrensis et quasi castrensis peculii privilegium [1]). Alterum est remissionis genus, quae quidem post mortem testatoris recte fit [2]), idque vel expressa voluntatis significatione [3]), vel etiam tacita, velut legata accipiendo, vel fideicommissa [4]), aliove modo defuncti judicium agnoscendo [5]). Ex ipsius autem remedii natura (quoniam haec est hujus querelae indoles, ut minime ei faveatur legibus) [6]), sua sponte hae efficiuntur ejus vel impediendae vel finiendae causae: alius actionis, idem efficientis, opportunitas [7]); mors ejus, ad quem jus querendi pertinet, siquidem ad heredes non fere transit querela, nisi aut

9) L. 17. pr. D. *h. t. verb.:* Unde si de inofficioso testamento *rel.*—L. 19. D. *h. t.* — *Auctoris* contin. p. 428—434. (Cf. *Huschke* in Rhein. Mus. T. VI. p. 352 — 354.)— Quid? quod filius etiam victoria, qui nullum jus habuit querendi, tamen aliis prodest, ad quos proprie spectat jus. L. 6. § 1. D. *h. t.*—Cf. *Schrader* l. l. § 102.—*Auctoris* contin. p. 424—428. p. 434.

10) L. 23. § 2. L. 17. pr. L. 16. pr. D. *h. t.*—Cf. *Herald.* de rer. jud. auctor. II, 14. § 5. (in *Ottonis* thesaur. II. p. 1225 sq.).—*Zepernick* ad *Siccamam* p. 154 sq. not. 1. et § 771. not. 9. in f. et inprimis *Auctoris* contin. p. 411—414.

11) Vid. L. 19. D. *h. t.*—Vid. et ipsor. Basilicor. et Scholiastae ad eosd. interpr. T. V. p. 201. et p. 250 sq.—*Auctoris* contin. p. 430 sq.

12) L. 8. § 8. D. *h. t.*—Cf. § 679. not. 4. et *Vinnius* sel. jur. qu. I, 21.— Ex quo etiam recte colligunt: tum quoque non nisi partiariam esse querelam, cum plures adsunt, qui quidem in intestati successione concurrant, at non similiter admittantur ad querelam, cf. *Glück* Pand. VII. p. 436 sq. nr. 3.

13) L. 24. D. *h. t.*—Cf. L. 27. C. *eod.*

14) L. 15. § 2. D. *h. t.*

15) L. 15. in f. L. 24. D. *h. t.* (cf. § 617. not. 2.) —[Caet. cf. *Huschke* in Rhein. Mus. T. V. p. 336—358. qui a regula: *nemo pro parte etc.* recessum esse nullo modo concedit, sed testamento rescisso semper ab intestato successionem deferri contendit, diversitates aliquas ex natura et indole rei judicatae explicans.—E. G.]

§ 773.

1) L. 8. § 4. L. 27. § 2. D. L. 9. L. 24. L. 37. C. *h. t.*—*Auctoris* contin. XXXV. p. 195—215.—Cf. supra § 687. not. 7. — Quod quidem privilegium, quod ad clericorum attinet peculium, sublatum est Nov. 123. c. 19. Omnino autem huic esse juri derogatum per Nov. 115. c. 4., post alios censet *Francke* l. l. p. 450 sqq. Verum enimvero hunc in locum, ni admodum fallor, egregie convenit, quod traditur: *semper in jure speciem derogare generi.* Vid. § 52. not. 4. et *Auctoris* contin. p. 216 — 219.

2) Vid. enim. L. 31. § 4. D. L. 35. § 1. C. *h. t.* (cf. *Pauli* sent. rec. IV, 5. § 8. et L. 1. § 3. D. *si a par. quis manum.* (XXXVII, 12.) — *Auctoris* contin. p. 437 — 441. coll. cum p. 265 sqq. (Nr. 13.)

3) L. 6. C. *de transact.* (II, 4.) — L. 17. pr. L. 31. § 4. D. *h. t.*

4) L. 8. § 10. L. 12. § 1. D. *h. t.* — L. 5. pr. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV, 9.)—Caeter. vid. a) L. 10. § 1. D. *h. t.* —§ 4. I. *eod.* (At cf. L. 32. pr. D. *h. t.*).—b) L. 12. § 2. D. *eod.*—c) L. 12. § 3. *eod.*—Cf. *Glück* Pand. VII. p. 473—482.—*Auctoris* contin. XXXV. p. 441—456.

5) L. 23. § 1. D. *h. t.*—*Auctoris* contin. p. 456—459.

6) L. 2. D. *h. t.* — Cf. L. 8. § 14. *eod.* et not. seqq.

7) § 2. I. *h. t.* — L. 4. C. *de lib. praeter.* (VI, 28.) *verb.:* «Nam cum ultimum adjutorium de inofficiosi querela — esset» — —. Cf. et L. 4. C. *de inoff. donat.* (III, 29.)—Caeter. vid. L. 8. § 12. D. L. 14. et L. 16. C. *h. t.*—Cf. *Westphal* von Testamenten § 1023. et *Auctoris* contin. p. 358 sqq. not. 57.

jam coepta est controversia, aut saltem praeparata[8]; quinquennii praescriptio, scil. ab adita hereditate computanda[9]). Denique hoc ad genus causarum haud incommode et illud referri posse videtur, quod adversus testamentum, a patre factum impuberi, querela uti prohibentur et mater et frater impuberis[10]).

§ 774. *δδ) De adjunctis querelae inofficiosi testamenti: et donationis et dotis inofficiosae querelis.*

In tantum autem necessariis successoribus prospexerunt legumlatores Romani, ut ne profusioribus inter vivos liberalitatibus jure suo illos defraudari passi sint. I) Quodsi quis igitur eo animo, ut inofficiosi testamenti querelam eluderet, patrimonium suum donationibus exinanivit, post donantis mortem querela inofficiosae donationis comparata est necessariis successoribus, qua quidem fere ad similitudinem inofficiosi querelae adversus donatarium utantur[1]). Igitur 1) ad omnes pertinet hoc jus, qui de inofficioso testamento queri possunt[2]; 2) necesse est, cum ut intervertendi juris necessariorum successorum consilio facta sit donatio[3]), tum vero in tantum exhausta sint donationibus bona, ut ne legitima quidem portio salva maneat necessariis successoribus[4]). Computatur autem legitima portio ex patrimonii quantitate, quae eo tempore fuit, quo facta est inofficiosa donatio, sic tamen, ut, si postea augeatur patrimonium ad sufficientem legitimae quantitatem, nullum supersit jus querelae[5]). Praeterea 3) ut causa ac ratione, sic etiam impediendi finiendique modis haec actio similis est inofficiosi querelae[6]). At vero 4) unum vel maxime est, quod differat inter utramque actionem, quandoquidem, sive nihil ex donatoris bonis pervenit ad successorem necessarium, sive non tantum, quantum ei legitimae nomine debebatur, non nisi ad legitimae portionis modum rescinditur inofficiosa donatio[7]). Neque vero illud praetereundum est, quod etiam ipse, qui donavit, submovendae querelae causa jus habeat impugnandae revocandaeque donationis, tum scil., si postumus ei post factam donationem superveniat[8]). II) Est

8) L. 6. § 2. L. 7. L. 8. pr. D. *h. t.* — L. 5. C. *eod.*—*Auctoris* contin. p. 472—475.— Caeterum hac in re singulare est descendentium jus, L. 34. L. 36. in f. C. *h. t.*— Vid. *Marezoll* in Zeitschr f. Civilr. u. Proc. III. Nr. XVIII. — Cf. *Francke* l. l. p. 317. in f. sq.—*Auctoris* contin. p. 463—472.

9) L. 34. in f. L. 36. § 2. C. *h. t.* — (Cf. tamen L. 8. in f. L. 9. D. *eod.*) — *Unterholzner* ausf. Verj. Lehre II. § 169. (cf. *eundem* § 159. nr. 4. p. 28 sq.).—*Francke* p. 312 sqq. (§ 24.).—*Auctoris* contin. p. 459 sqq. (Nr. II.)

10) L. 8. § 5. D. *h. t.* (cf. § 874. not. 6.)

§ 774.

1) Cod. (III, 29.) *de inofficiosis donationibus.* — *C. Rau* de quer. inoff. donat. Lips. 1775. — *P. L. Kritz* exegetisch-practische Abhandlungen üb. ausgewählte Materien des Civilrechts (Leipz. 1824. Nr. 5. p. 101 sqq.—*Francke* Notherbenrecht p. 498—544. — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 38—139. (§ 1421. g.)

2) Vid. L. 4. C. *h. t.*—*G. L. Boehmer* de querela inofficiosae donationis fratrum. Goett. 1751. — *Francke* p. 503.

3) L. 87. § 3. *de leg.* II. — L. 1. et 8. C. *h. t.* — *Kritz* l. l. § 8 sqq.—Dissent. cum aliis *Glück* Pand. VII. p. 167. nr. 2. et nuperrime etiam *Francke* l. l. p. 505—508.—At vid. *Auctoris* contin. p. 74—79. (Nr. III.)

4) L. 7. C. *h. t.* et not. seqq. (cf. *Zimmern* röm.-rechtl. Unters. p. 75 sq.).

5) Nov. 92. c. 1. pr.—Cf. *Rau* l. l. § 9.—*Francke* p. 508 sqq.—*Auctoris* contin. p. 117—122.

6) L. 4. L. 6. L. ult. C. *h. t.*—Nov. 92. c. 1. § 1. —*Auctoris* contin. p. 127—129.

7) Arg. L. 2. C. L. 5. C. *h. t.* («— — *ut filii, vel nepotes — — debitum bonorum subsidium consequantur*») et L. un. C. *de inoff. dotib.* (not. 9.).—L. 7. *eod.*— L. 8. pr. *eod.* («—*pro ratione quartae — deminuatur*»).—Nov. 92. c. 1. pr. («—necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus, quod haec defert, secundum quam scripsimus mensuram, *ut non minus habeant illi, quam quod ex legibus eis debetur.*»)—Cf. *Vinnii* sel. jur. qu. II, 33. — *Kritz* l. l. § 5—7. — *Francke* p. 521—533. — *Auctoris* contin. p. 97—117.—Dissent. *A. Faber* conj. III, 17.—*Zimmern* röm.-rechtl. Unters. p. 58—79. — Ex iis vero, qui mediam quandam sententiam tuentur, inprimis memorandus est *Pufendorf* obs. II, 178.

8) L. 5. C. *h. t.*— *Francke* p. 517—519. — *Auctoris* contin. p. 56—70.—Dissent. *Hugo Donellus* comment. jur. civ. XIX, 11. (ed. Hanov. p. 1110. B. lin. 10 sqq.).

etiam inofficiosae dotis querela necessariis comparata successoribus adversus eos, qui cum legitimae quantitatis fraude ac detrimento immodicas acceperunt dotes. Cujus quidem querelae et ratio et vis similis est ei, quam modo descripsimus plenius[9]).

§ 775. *δ) Juris, quod hucusque de necessariorum successorum remediis exposuimus, per Nov. 115. c. 3. et 4. mutatio. αα) Variae de legis argumento opiniones proponuntur.*

Sancivit Justinianus ea lege, quam modo nominavimus: nullo modo licere, nec parentibus liberos, nec liberis parentes vel praeterire, vel exheredes testamento scribere, nisi causam aliquam ingratitudinis, ex earum numero, quae nominatim lege ista propositae essent (§ 683.), inseruerint testamentis, de ejusque veritate fides judici per heredem institutum fieret. Quodsi haec non fuerint observata, irritum fore testamentum, hoc pacto, ut tamquam ab intestato succederent liberi aut parentes, at agnoscere implereve necesse haberent, quae praeter heredis institutionem testamento essent sancita[1]). Quoniam autem nullam imperator veterum actionum mentionem fecit, nec omnino de eo: quatenus sua lege antiquioris juris decretis aut derogatum sit, certi quicquam definivit[2]), fieri non potuit, quin varie his de rebus statuerent recentioris aetatis JCti[3]). A) Igitur alii sunt, qui liberis parentibusque impugnandorum testamentorum prorsus novam eamque simpliciorem viam ac rationem instituisse imperatorem, penitus abrogata priori, censeant[3a]). B) Contra vero alii existimant, cum antiquiore jure novum esse conjungendum, nec nisi pro parte esse novissima lege derogatum ei, quod antea obtineret, juri. At mirum, quantum hi quoque inter se discrepent. Nam (ut ea praetermittamus, quae accuratius cognosse parum juvat) a) alii sunt, qui inofficiosi querelam liberis parentibusque abrogatam censeant, ac novam in ejus locum substitutam esse actionem, eamque ex Nov. 115. repetendam nec veteris querelae angustiis (§ 773. not. 6 sqq.) circumscribendam[4]). b) Alii contra statuunt, non novam esse actionem Justiniani lege introductam, verum inofficiosi querelam tantum confirmatam, partim tamen immutatam et velut nova juris forma instructam, tum quod ad causas ipsius attineat, tum quod ad vim atque effectum. c) Atque ab his etiam alii recedunt, qui, novum lege Justinianea remedium veteribus additum (vocant

9) Cod. (III. 30.) *de inofficiosis dotib.* « — — et filiis conquerentibus *emolumenta debita conferantur.* » — Singulas quaestiones exposuit *Glück* Pand. VII. p. 181—194. — Cf. et *Francke* p. 536 sqq. (§ 45.) et *Auctoris* contin. p. 130—133.

§ 775.

1) Nov. 115. c. 3. pr. et in f. c. 4. in f.

2) Vid. c. 4. in f. et § 770. not. 3.

3) Diversorum systematum, ut vocant, quae subinde contexuere interpretes de quaestione proposita, et indicem et censuram exhibuerunt; *Koch* B. P. p. 153—186. et p. 428—441. — *Hoepfner* et *Weber* Comment. § 525. — *Glück* Pand. VII. p. 355—355. — *Bluntschli* l. l. p. 234—310. — *Francke* l. l. p. 354—404. (§ 28—31.). — *Auctoris* contin. p. 298—338. — Cf. et *Zimmern* Grundr. des Erbr. p. 25. not. 120. — *Valett* Notherbenr § 35—38. — *Kritz* Abh. Nr. 5. § 1. p. 102—106

3a) [Hi quoque de actionibus ad impugnandum testamentum comparatis inter se differunt. Heredibus alii nullitatis, alii inofficiosi testamenti querelam, partim tamen immutatam (*Auctoris* contin. p. 290. et ad not. 4. context.) attribuunt. Sunt etiam, qui et nullitatis et inoff. test. querelam admittant, prout res postulet, illam scilicet, cum nulla sit causa legitima exheredationi adscripta, hanc vero, cum causa expressa probari nequeat. — E. G.]

4) [Qui hanc sententiam sequuntur, in contra tab. bon. possessione nihil immutantes, suis praeteritis attribuunt, quam vocant nullitatis ex jure antiquo querelam, iis vero, quibus ex Novella 115. jus competit testamenti impugnandi, ex jure novo querelam nullitatis. — E. G.]

querelam nullitatis ex jure novo), ac simul inofficiosi querelam paullum esse mutatam, affirmant, hoc pacto, ut, si nulla sit causa legitima exheredationi adscripta, nullitatis querela locum habeat, hac quidem vi, ut non nisi qua heredis institutionem testamentum infirmetur, sin vero exheredationis causa legitime sit adjecta, ad inofficiosi querelam confugiendum sit, quae licet eo discedat ab antiquioris juris querela, cum, ut semper ab herede probanda sit allatae causae veritas, tum item infirmetur tantum heredis institutio, tamen in reliquis propriam suam retineat naturam atque indolem [5]). Cui quidem opinioni ipsi olim haud dubitavimus, quin nostrum quoque adjiceremus calculum, his maxime moti rationibus, quod, quoniam novam Justinianus induxerit exheredationis formam, et, hac etiam observata, nihilominus necessariis successoribus jus superesse impugnandorum testamentorum statuerit, consequens sit, ut, nova ista neglecta forma, nullum esse dicamus testamentum, eatenus quidem, quatenus id voluerit legislator, contra vero inofficiosum, si ea observata sint in condendis testamentis, quae lex observari praeceperit [6]).

§ 776. ββ) *Probabilior sententia affertur.*

Et quae postremo loco proposita est sententia, licet his egregie defendi posse videatur, quae de novellarum legum, antiquioribus derogantium interpretatione praecipiuntur [1]), tamen improbanda est. Eo enim potissimum nititur: id maxime egisse imperatorem, ut exheredandi causas certo constitueret et quodammodo novam exheredationis formam antiquiori adderet. At vero ex ipsis, quae initio cap. 3. et 4. leguntur verbis, sat manifesto evincitur, inprimis cordi fuisse imperatori, cavere ac providere, ne temere fierent liberorum aut parentium exheredationes vel praeteritiones [2]), neonon clausula derogatoria illa quidem, capiti quarto adjecta, neque ad ascendentes solos referenda, inofficiosi testamenti querelam plane sublatam esse [3]). Omnem igitur lex amplectitur materiam, quae varias subinde jura constituentium curas ante excitaverat. Accedit, quod successionis ab intestato, qua, tamquam principio, necessariorum heredum jus omne nititur, subinde prorsus mutata erat facies, tum vero exheredandi necessitas jam pridem desierat nudae instar haberi formae, ejusque talis, quae non nisi ad suorum primi gradus esset referenda jus [5]). His igitur perpensis, non possumus, quin generali sensu accipiamus, quae sine ulla distinctione scripta sunt lege, eorumque amplectamur sententiam, qui, sive prorsus praeteriti inveniantur necessarii heredes, sive exheredes scripti causa aut nulla aut falsa adjecta, utique secundum legem hanc novellam rem esse dijudicandam

5) Cf. *Hoepfner* l. l. p. 425. (ed. VIII.).

6) Vid. huj. libri editiones priores § 584. in f. — Eamque defendit nuper censor libri *Franckii* Notherbenrecht in ephem. Erl. XXX. p. 258 — 260.

§ 776.

1) § 62. ad not. 8. § 63. in pr. § 64. not. 10. — Cf. *Auctoris* contin. XXXVII. p. 345 sq.

2) [Certe imperator « non licere penitus patri vel matri — — liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento » sanciens, omnes, quibus necessariorum heredum jura laederentur, casus complecti voluit, ita ut id, quo exheredes fierent, testamentum nullum prorsus haberet effectum, nisi justa exheredandi causa expressim adscripta esset. — *Bluntschli* l. l. p. 218—222. — *Francke* l. l. p. 357 — 361. — *Auctoris* contin. XXXVII. p. 134—139. p. 341. p. 346 sqq.—E. G.]

3) *Auctoris contin.* p. 348 sq.

4) Cf. *Francke* p. 361 sqq. — *Auctoris* contin. p. 338 sqq.

arbitrentur[5]). Quae quidem interpretatio et Basilicorum auctoritate luculenter confirmatur[6]). Jam vero necessarii heredes tamquam ab intestato hereditatem petunt ab herede instituto[7]), eo usi fundamento, quod nullum sit testamentum[8]) qua heredis institutionem. Quemadmodum autem ex eo genere est talis testamenti nullitas, quam *respectivam* vocare solent[9]) : sic etiam novissimi juris rationi atque aequitati conveniens est, ut non ex testamenti conditi, verum ex mortis tempore testatoris aestimetur, utrum necessariorum heredum jus laesum esse dici possit, nec ne? [10])— Caeterum de fratribus nihil esse constitutum nova lege, adeoque jus eorum de inofficioso testamento querendi illibatum mansisse, vix est, quod admoneatur[11]).

§ 777. 2) *De successionum impedimentis, quae non ex vitiis proficiscuntur ab initio adhaerentibus testamento.* a) *De irrito facto testamento.*

Irritum fit testamentum, cum status mutatur testatoris[1]). Cujus quidem impedimenti haec est vis, ut omnis testamenti causa pereat[2]). Quemadmodum autem ejus, qui de castrensi vel quasi castrensi peculio testatus est, minima capitis deminutione non perimitur testamentum[3]) : sic nonnulla etiam circa universum hocce genus invaluerunt temperamenta, quibus aut omnino impeditum est, quo minus in irritum caderent hujusmodi testamenta, aut id effectum, ut jus ex iis jamjam amissum, rursus redintegraretur. Et illud quidem jure civili effectum est, scil. aut postliminii jure, aut legis Corneliae fictione[4]), hoc vero Praetoria aequitate, siquidem, rescissa capitis deminutione, heredi instituto ex eo testamento secundum tabulas bonorum possessio dabatur[5]), dummodo is, qui testamento condito in patriam potestatem venerat, postquam rursus sui juris factus est, denuo confirmaverit, quacunque id fieret ratione, prius suum judicium[6]).

§ 778. b) *De impedimentis juris succedendi, quae ex ipsius successoris persona eveniunt.*

Causas, quae ex heredis persona impediant, quo minus testamentariae locus sit successioni, ad destituti testamenti rationem omnes licet revocare. Est enim

5) *Bluntschli* p. 245 sqq.— *Francke* p. 266 sqq. —*Auctoris* contin. p. 345 sqq.—At vid. § praeced. (775.) not. 5.

6) Vid. Basilic. T. V. p. 271. L. 5. erga fin. ibiq. Schol. p. 277. f. p. 311. a., aliisque in locis, quos allegant *Bluntschli* p. 271 — 275. et *Francke*, p. 355.—Cf. *Witte* Rhein. Mus. III. p. 50. Nr. XVI. 8. et *Auctoris* contin. p. 308 sqq.

7) *Bluntschli* p. 274. — *Francke* p. 379 sqq. — *Auctoris* contin. p. 266—283.

8) Nov. 115. c. 3. in f. «τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης». —*Bluntschli* p. 256 sqq.— *Francke* p. 370—379. —*Auctoris* contin. p. 240—255.

9) *Bluntschli* p. 241 sq. — *Francke* p. 382 sqq. (§ 30.).—*Auctoris contin.* p. 255—283. — Vid. supra § 114. not. 3. et cf. *Brandis* in Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. T. VII. p. 121—205.

10) *Francke* p. 38 sq.—*Auctoris* contin. p. 256—261. p. 349—373.

11) *Glück* Pand. VII. p. 456—459.—*Weber* ad *Hoepfnerum* § 533. not. 2. — *Bluntschli* p. 253 sq.—*Auctoris* contin. p. 374—379.

§ 777.

1) § 4. et 5. I. *quib. m. infirm. test.*—L. 6. § 5. D. *h. t.* (XXVIII, 3.). — Caeterum, quatenus propter eas causas, quarum fit mentio L. 6. § 6 sqq. *eod.*, harumque similes, in irritum cadere testamenta etiamnum dici possit? id ex principiis cognoscere licebit, quae superius posita sunt § 640. not. 13.— Cf. *Auctoris* contin. XXXIX. p. 16 sqq.

2) L. 3. in f. D. *de his, quae pro non script. hab.* (XXXIV, 8.)—Cf. not. 1. et *Auctoris* contin. XXXIX. p. 27 seq.

3) L. 6. § 13. D. *h. t.* (XXVIII, 3.). — L. 11. § 1. et 23. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.) — Cf. § 5. I. *de milit. test.*— Pr. I. *quib. n. permiss. fac. test.* et supra § 566. not. 5.

4) § 5. in f. I. *quib. n. perm. fac. test.*— L. 12. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII, 1.)—Cf. *Schilling* Bem. üb. Röm. R. G. p. 285 — 287. — *Auctoris* contin. l. l. p. 23—26.

5) § 6. I. *quib. m. t. infirm.*—L. 12. pr. in f. D. *h. t.* (XXVIII, 3.)

6) L. 11. § 2. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII, 11.) —*Auctoris* contin. l. l. p. 27 sqq.

destitutum s. desertum testamentum, cum, qui jure institutus est heres, aut nolit aut non possit acquirere hereditatem[1]). Quae quidem et in intestatorum hereditates haud incommode conveniet notio. Quoniam autem de omittendis, sive hereditatibus sive legatis, junctim infra a nobis dicetur (§ 783 — 785.), reliquum tantummodo est, ut, quae etiam praeter successorum voluntatem desertum faciant jus succedendi, breviter commemorentur causae. Sunt autem hae : mors honorati antea eveniens, quam ad heredes jus suum transmittere potuerit[2]), status conditionisve mutatio talis, quae jus ex defuncti bonis quicquam capiendi impediat[3]), conditio deficiens hereditatum vel legatorum[4]). Atque ex his omnibus causis, si quidem in heredis persona eveniant, nec vero codicillaris clausula adjecta sit, pro non scriptis sunt habenda, quaecunque continentur testamento[5]).

§ 779. c) *De rupto testamento α) postumi agnatione* (*).

Rumpuntur ultimae hominum voluntates aut postumi agnatione, aut mutata testatorum voluntate[1]). Quoties igitur post factum testamentum suus heres agnascitur testatori, sive naturaliter sive civiliter[2]), rumpitur testamentum[3]), hoc pacto, ut civili jure perinde incipiat haberi tale testamentum, atque si is, qui jam conditi testamenti tempore inter suos heredes fuit, praeteritus esset[4]). Illud tamen inter utrumque testamentorum genus differebat, quod ex rupto testamento, si vivo testatore rursus decesserit postumus, secundum tabulas bonorum possessio dabatur, non vero ex eo testamento, quod jam statim initio nullius erat momenti[5]). Caeterum codicillari clausula minime sustinetur jus ex rupto testamento[6]).

§ 780. β) ***Mutata testatoris voluntate, αα) circa universam testamenti causam.***

Cum nemo sibi ipse hanc legem dicere queat, ut ne recedere ei liceat a testa-

§ 778.

1) § 7. 1. *de hered., quae ab int. defer.* — § 2. 1. *quib. m. test. infirm.* — *C. F. Zepernick* D. I. de testamenti destituti viribus. Hal. 1773. et D. II. de eod. arg Hal. 1774.

2) Cf. § 702. et § 728.

3) L. 3. § 1. 2. D. *de his, quae pro non script. hab.* (XXXIV, 8.) — Cf. § 618. in f. et ib. not. 8—11.—*Auctoris* contin. XXXIX. p. 40 sq.

4) § 2. 1. *quib. m. test. infirm.*—Cf. § 649. in f.

5) L. 9. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) — L. 181. D. *de reg. jur.*— L. 14. C. *de fideic.* (VI, 42.) — Cf. § 686. not. 9.

§ 779.

(*) Cod. (VI, 29.) *de posthumis heredibus instituendis, vel exheredandis, vel praeteritis.*

1) § 1. et 2. 1. *quib. m. test. infirm.*—*Auctoris* contin. XXXIX. p. 3 sq. (Nr. 1.)

2) L. 3. § 1. D. *h. t.* (XXVIII, 3.). — § 2. 1. *de exher. lib.*—§ 1. 1. *quib. m. test. infirm.* — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 151 sqq.

3) Not. 2. et seq. —L. 3. § 1. D. *h. t.* (XXVIII, 3.) (cf. L. 4. C. *h. t.*).— L. 3. C. *h. t.*— Cf. L. 2. *eod.* —De militis testamento vid. L. 36. § 2. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.) (cf. § 687. not. 3.).

4) L. 1. C. *h. t.* (cf. § 2. in f. 1. *de heredit., quae ab int. defer.*).—L. 15. in f. D. *h. t.* (XXVIII, 3.). — Hinc sponte intelligitur, ad impugnandum patris judicium non esse deneganda postumis remedia, quae reliquis ex suorum numero liberis competant. — At quaerat aliquis : num jus Novella 115. constitutum (§ 775. et § 776.) huc referri possit? scil. quod fieri nequit, ut postumorum exheredationi ingratitudinis causa adjiciatur. Neque vero dubitamus, quin ad hanc quoque quaestionem affirmando respondeamus, siquidem nihil referat, ut jus illud obtineat, utrum praetereundo an exheredationis modo necessariorum heredum jus laedatur. — Cf. Basilic. Schol. T. V. p. 311. Schol. a.— *Bluntschli* l. l. p. 251 sq. (nr. III.). — *Auctoris* contin. XXXVI. p. 352 sqq. (Nr. 2.) et XXXIX. p. 5 sqq. (Nr. 3.).

5) L. 12. pr. D. *h. t.* (XXVIII, 3.). — Cujus differentiae rationem vid. L. 3. § 3. *eod.* et supra § 769. not. 4. — Vid. et *Auctoris* contin. XXXVI. p. 317. p. 345 sqq. — Caeterum hanc differentiam novissimo jure sublatam esse rectius statuitur.—Cf. *Francke* l. l. p. 386.

6) Rei rationem supra exposui § 686. not. 4. — Vid. et *Auctoris* contin. XXXVII. p. 368 sqq. (Nr. 7.) — Caeter. cf. *Guntheri* pr. jur. rom. § 790. not. f. g. et *Francke* l. l. p. 416 sqq. (§ 33.).

menti scriptura [1]), sequitur, ut posterius testatoris judicium utique potentius habendum sit priore [2]). Duplici autem modo voluntas testatoris priori contraria potest significari: aut novum condendo testamentum, aut simpliciter revocando retractandoque priorem voluntatem. Jam vero I) posterius testamentum non aliter habet prioris tollendi vim, nisi jure perfectum est atque ratum, ut heres ex eo aliquis existere possit [3]). Itaque infirmandi potestas non inest testamento, cui aut ea desunt, de quibus § 767. exposuimus [4]), aut quod non jure conditum est [5]), aut nullum propter sui heredis praeteritionem [6]), praeterquam quod prius testamentum jure perfectum, quo exheredatus est filius, per posterius, in quo idem est praeteritus, cui tamen alioquin nihil deest, eatenus rumpitur, ut contra posteriores tabulas bonorum possessionem accipere possit praeteritus filius [7]). Nec eo infirmatur rumpendi vis, quod aut destituitur posterius testamentum [8]), aut conditio non exstitit heredis institutioni adscripta, nisi quae in praesens sit collata vel in praeteritum [9]). Rursus autem fieri potest, ut prioris testamenti jus conservetur, quamvis posterius rite conditum sit, velut cum posteriores tabulas delevit testator, ut priores suprema relinqueret [10]), aut errore commotus testamentum mutavit [11]), aut in posteriore testamento, ut prius quoque valeret, praecepit: quo facto, quae ibi scripta sunt, in causa fideicommissi erunt [12]); cui similis est causa, cum in secundo testamento certarum tantum causarum heres scriptus est [13]). Quodsi duo testamenta eodem tempore sunt, ex utroque quasi ex uno succeditur [14]). Atque II) ut jam de altero, con-

§ 780.

1) L. 22. pr. *de leg.* III.—L. 4. in f. D. *de adim. leg.* (XXXIV, 4.) — Cf. § 653. in f. et ib. not. 5. — *Auctoris* contin. XXXVIII. p. 169 sqq. — De reciproci testamenti revocandi potestate vid. *Leyser* med. ad Pand. sp. 359. m. 4. et *Muller* ad *Leyser.* obs. 632. — *Wernher* lectiss. comment. Lib. XXVIII. Tit. 3. § 10.—*Bynkershoek* qu. jur. priv. III. e. 7. in f. — *Auctoris* contin. p. 214—250.— Vid. et supra § 664. in f.

2) § 2. I. *quib. mod. test. infirm.*—L. 27. C. *de test.* (VI, 23.) *verb.:* «Sin autem——— *ipso jure prius tollitur testamentum*».— At fieri etiam potest, ut explicandae voluntatis causa testatoris ad priorem scripturam redeatur. — L. 12. in f. L. 14. pr. *de leg.* I.—Quocum conjunctum est, ut nonnumquam ad tollenda ea, quae prius scripta sunt, in posteriore scriptura cassatoria clausula, ut vocant, opus sit. — Cf. L. 22. pr. *de leg.* III. — Cf. § 653. not. 4. et *Auctoris* contin. l. l. p. 170—208.

3) L. 2. D. *h. t.* (XXVIII, 3.).— § 2. et 7. I. *quib. m. test. infirm.* — Cf. *A. F. Schotti* comment. ad oration. Pertinacis de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud rumpente (opusc. p. 41 sqq.).— *Auctoris* contin. l. l. § 1430. p. 335 —464.—Quemadmodum autem heredis institutiones posteriore testamento imperfecto non perimuntur, sic nec legata, quae quidem testamento jure perfecto relicta sunt, nisi quae nominatim adimuntur. — L. 18. *de leg.* III.— *Auctoris* contin. l. l. p. 408 sq.

4) Cf. L. 11. D. *h. t.* (XXVIII, 3.) et § 797.

5) Caeterum minus solennibus testamentis ex privilegiatorum numero plerumque inerit vis infirmandi (L. 2. D. *eod.* — L. 36. in f. D. *de test. milit.*), praeterquam privilegiato parentum inter liberos testamento.—Cf. §688. context. ad not. 11. 13.— Add. *Euleri* scriptum ibi laud. § 72—78. — Cf. etiam § 689. nr. 3. et ib. not. 3. — *Schott* l. l. p. 64 sq. et *Auctoris* contin. p. 365 — 402.) — Praeterea singulari jure nititur, quod L. 20. C. *de testament.* (VI, 23.) constitutum est: scriptum testamentum posteriore, *quo quidem imperator, vel alius potentior, heres instituitur,* tolli non posse, nisi hoc quoque ex scriptorum genere sit. — *Marezoll* Zeitschr. für. Civilr. u. Proc. III. p. 288 sqq. (nr. 1.).

6) L. 7. D. *de liber. et posth.* (XXVIII, 2.) — L. 16. § 1. D. *de V. et P. S.* (XXVIII, 6.)—Cf. *Auctoris* contin. l. l. p. 445 sq. (Nr. IV.)

7) L. 12. § 1. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — Quem quidem locum eo accipere sensu, qui non incommode ei conveniat (cf. *Koch* B. P. p 365—422.), haud dubitamus (vid. enim § 66. nr. 4. et § 67.), licet ex pristina ejus indole aliter esse interpretandum minime negemus. (*Foerster* B. P. II. § 128—130.)— Cf. et *Auctoris* contin. l. l. p. 447 —464.

8) § 2. I. *quib. m. test. infirm.* (§ seq.).

9) L. 16. D. *h. t.* (XXVIII, 3.).—Cf. § 648. not. 1. et *Auctoris* contin. l. l. p. 350—357.

10) L. 11. § 2. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII, 11.)—*Auctoris* contin. p. 478—480.

11) L. 92. D. *de her. inst.* (XXVII, 5.) (cf. § 767. in f.).—*Auctoris* contin. p. 476—478.

12) L. 12. § 1. D. *h. t.* (XXVIII, 3.).

13) § 1. I. *quib. mod. test. infirm.* — *Auctoris* contin. p. 472—476.

14) Arg. L. 1. § 6. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII, 11.) (cf. L. 188. pr. D. *de reg. jur.*, quo quidem loco stricti juris regula proponitur. — Cf. *Gluck* Pand. XXXIV. p. 475 — 479. et *Auctoris* contin. l. l. p. 480 sqq. (Nr. 4.). — [Idem statuendum est, quodsi e duobus testamentis, utrum sit prius, utrum posterius ignoratur. — *Auctoris* con-

traria voluntate tollendorum testamentorum modo videamus: revocatio aut verbis fit, aut factis. Et verbis quidem hoc pacto, ut tres ad minimum testes adhibeantur et postea etiam decennii spatium praeterierit[15]). Factis fit revocatio, cum tabulae testamenti, quaeve in his scripta sunt, delentur, inciduntur, corrumpuntur, inducuntur[16]). Quo facto, si quidem aut universas testamenti tabulas aut heredum nomina delevit testator, nec pluria sunt testamenti exempla[17]), in totum perimitur jus: ut plerumque ne legata quidem ex eo testamento debeantur[18]). Sin aut non necessaria testamenti pars corrupta erit, aut, pluribus heredibus scriptis, unius et alterius tantum nomen deletum, reliqua, quae in eo testamento scripta sunt, valebunt[19]). Quodsi aut ab inconsulto testatore, aut non ejus voluntate ab alio testamentum corrumpitur, quae in eo continentur, dummodo vel legi possint vel aliunde probentur, utique vires habebunt[20]).

§ 781. ββ) *Singulatim: quomodo adimantur legata* (*).

Praeter eas tollendi juris causas, quae communiter conveniunt et in hereditates et in legata ac fideicommissa, quaedam etiam inveniuntur horum ipsorum propriae[1]). Nam non solum codicillis adimuntur legata[2]), verum etiam quavis contrariae voluntatis significatione, sive ea verbis atque aperte declarata sit[3]), sive rebus ipsis ac factis, ut rem legatam vel alienando[4]), vel destruendo[5]), vel in aliam speciem mutando[6]), ut jus ejus, a quo legatur, adimendo[7]), ut causam sive modum legati retractando[8]). Quid? quod et inimicitiae gravissimae, quae inter testatorem exarserunt et legatarium, tum etiam contumeliose alterius adversus alterum dicta factave, causam continent velut tacite ademti legati[9]). Est etiam quaedam ademtionis species translatio s. commutatio legati.

tin. l. l. p. 486 sq.]. — Caeter. dissent. *Voet* ad Pand. XXVIII. § 9. et *Hoepfner* § 518. ad not. 5.

15) L. 27. C. *de testam.* (VI, 23.) — Cf. *Guil. Marckart* interpr. Lib. II. Cap. 1. — Vid. *Hoepfner* et *Weber* § 518. not. 6. — *Schrader* in eph. Tub. II. p. 401. — *Schott* l. l. p. 81 sqq. — *Püttmann* obs. et interpr. e. 27. — *Auctoris* contin. p. 251—301. — De ea vero quaestione, num publicum testamentum per repetitionem ab actis vel scriniis publicis rumpatur? vid. *Glück* Pand. XXXIV. p. 218 sqq. et *Auctoris* contin. l. l. p. 309 sqq.

16) Dig. (XXVIII, 4.) *de his, quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur.* — *Auctoris* contin. XXXIX p. 80 sqq.

17) Vid. enim L. ult. *h. t.* (XXVIII, 4.).

18) L. 1. § 8. D. *si tab. test. nullae exstab.* (XXXVIII, 6.) — Cf. et L. 1. § 4. et 5. L. 2. et 3. D. *h. t.* (XXVIII, 4.). — Except. vid. a) L. 2. D. *eod.* verb.: *Sed si* omnia nomina induxerit» *rel.* — b) L. 3. *eod.*

19) L. 2. *eod.* (cf. § 113. nr. 1. et 2.).

20) L. 1. pr. § 1—3. D. *h. t.* (XXVIII, 4.)

§ 781.

(*) Inst. (II, 21.) *de ademtione et translatione legatorum.* — Dig. (XXXIV, 4.) *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.*

1) De discrimine illo, quod vulgo interesse statuunt inter eas ademtionis causas, quae ipso jure, easve, quae per exceptionem tantum adimant legatum, vid. *Hoepfner* § 587. not. 1. — *Thibaut* § 981. — *Rosshirt* Lehre von Vermächtn. T. I. p. 429—433.

2) Pr. I. *h. t.* — Cf. *Vinnius* comment. ad eund. loc.

3) L. 3. § 11. D. *h. t.* — L. 18. D. *de leg.* III. — L. 27. C. *de fideic.* (VI, 42.) — *C. L. Crell* quomodo legatum nuda voluntate adimatur. Vitemb. 1742. — *Auctoris* contin. XXXVIII. p. 320—334.

4) L. 1. § 1. D. *de instr. leg.* (XXXIII, 7.) — § 17. et 21. I. *de leg.* — L. 18. D. *h. t.* (cf. L. 24. *eod.*). — Caeter. vid. a) § 12. I. *de leg.* — L. 11. § 12. et 13. *de leg.* III. — L. 31. § 3. *h. t.* (cf. § 733. in f.). — L. 3. C. *de leg.* (VI, 37.) — b) L. 15. *h. t.* — L. 28. § 1. D. *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1.)

5) L. 88. § 2. *de leg.* III.

6) L. 65. § 2. *de leg.* I. — Cf. L. 24. § 4. *eod.*

7) Arg. L. 2. D. *de his, quae in test. delentur* rel. (XXVIII, 4.) — legata ab eo nominatim relicta debebuntur, *si voluntas ea fuit testantis*, ut tantum heredis institutio improbetur. — L. 19. D. *h. t.* — Cf. *Francke* Beiträge p. 127 sq.

8) L. 30. § 2. *eod.*

9) a) L. 3. in f. *h. t.* — L. 9. pr. D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV, 9.) — Cf. L. 4. *h. t.* — b) L. 15. *h. t.*

10) L. 6. pr. *h. t.*

Quatuor autem modis transfertur legatum[10]: aut enim legatarii mutatur persona[11]); aut ejus, a quo legatur[12]); aut res legata[13]); aut conditio legandi[14]). Quoniam autem in translatione duplex inest causa, altera adimendi, altera constituendi legati, sequitur, ut, nisi haec observata sint, quae ad constituenda legata requiruntur, nullius momenti sit translatio[15]). Omnino vero ad omne ademtionis genus illud pertinet praeceptum, ut, quemadmodum in dando legato, sic etiam in adimendo nihil agatur, cum aut propter orationis vitium aut propter rei legatae naturam impeditur, quo minus exitum habitura sit res[16]).

782. 3) *De his, quibus ut indignis eripiuntur hereditates vel legata* (*).

Fit nonnumquam, scil. ex causis certo jure constitutis, ut, quae aut lege delata, aut testamentis jure perfectis relicta, nec postea sublata sunt, tamen auferantur successoribus, velut indignis[1]). Jam vero, cum ante decessit indignus, quam jus ei delatum est, ut ipsi quicquam eripi dici minime possit; tum velut ejus locum hi occupant, ad quos, eo non obstante, communi jure res vel perventura vel remansura est[2]). Sin autem jus vere delatum eripitur, alias fisco, alias privatis hominibus bona deferuntur. I) Fiscus igitur sibi vindicat bona: 1) si necem indignus aut ipse intulit defuncto, aut molitus est, aut inultam omisit[3]); 2) si vi adhibita, vel dolo malo effecit aliquis, ut commodum ad se aliquod ex hereditate redundaret[4]); 3) si quis falsum injuria totum testamentum vel inofficiosum arguit; cui quidem, quae testamento relicta sunt, auferuntur[5]), itemque ei, qui contra tabulas bonorum possessionem agnovit,

11) § 1. I. *h. t.* Quae quidem translatio, licet etiam tacite fieri possit (L. 30. § 1. *h. t.*), tamen nisi manifesto appareat transferendi consilium, pro conjunctis habendi sunt, quibus diversis scripturis eadem res legatur. L. 33. *de leg.* I.

12) L. 6. § 1. *h. t.*

13) L. 6. § 2. *h. t.* — Neque vero proprie est translatio, cum vel augetur tantum aut deminuitur res (L. 31. pr. *h. t.*), vel genere legato (§ 735. init.), species vivo testatore mutantur. L. 28. § 1. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) (cf. L. 11. *h. t.*).

14) L. 6. pr. *h. t.*—Cf. L. 7— 10. *eod.* — L. 89. D. *de cond. et demonstr.*—Caeterum legatum sub conditione datum, cum simpliciter transfertur, sub eadem conditione videtur transferri L. 24. pr. *h. t.*

15) L. 20. *h. t.* « — — — nec illi tamen debebitur, cui fuerit ademtum. » — L. 34. pr. *de leg* I.

16) L. 3. § 7. *h. t.*—L. 14. § 1. *eod.*—Contraria videtur esse L. 10. pr. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5.) « Si fuerit legatum relictum ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit: si simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impeditur legatum? vel ei, qui monumentum fecerit, et plures fecerint; vel ei, qui maximus natu est, et duo pares aetate sint; sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint aeque caritate conjuncti. Sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronii, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat, cui ademtum sit: utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni, vel quibusdam libertas relicta est? Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri: *ademtionem autem in utrumque valere.* — Cf. *Bynkershoek* obs. II, 15.—*Goeschen* Zeitschr. f. hist. R. W. I. nr. 6. et II. nr. 10.; qui quidem ita nos legere jubet: *in ademtione autem utrumque valere* »—*Ed. Gans* (Archiv f. civ. Pr. I. Nr. 33.). —*de Herrnstorff* (ib. Nr. 34.) — *Klüpfel* (ib. II. Nr. 7.). — *Hepp* ib. IX. p. 377 sqq. Ephemerid. Tub. II. p. 183.—Ephem. Erl. VI. p. 13 sq.—*Rosshirt* Lehre von Verm. T. I. p. 436—440.

§ 782.

(*) Dig. (XXXIV, 9.) *de his, quae ut indignis auferuntur.*—Cod. (VI. 35.) *de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SCt. Silanianum.*— *Zimmerni* diatr. lineamentis suis de jure hereditario adjecta p. 78 sqq.

1) De vocabulo: *ereptitium* (ereptorium cf. *Ulp.* Fr. XIX, 17.). vid. *Schilling* Bem. üb. Röm. R. G. p. 312. in f. sq.

2) Cf. L. 25. § 1. D. *h. t.*—[Cod. Nap. 730.]

3) L. 3. D. *h. t.*—L. 7. § 4. D. *de bon. damnator.* (XLVIII, 20.)—L. 9. in f. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) —L. 10. C. *h. t.*—L. 17. D. L. 1. et 5. C. *eod.*—Cf. et L. 3. § 29. *ad SCt. Silan.* (XXIX, 5.) et *Paulli* sent. rec. III, 5. § 10.—[Cod. Nap. 727.]

4) Cf. § 643. not. 3. et 4.— Cf. L. 19. D. *h. t.* et *Thib.* Pand. § 991.

5) L. 15. § 9. D. *de J. F.* (XLIX, 14.)—L. 5. § 1. 14. 16. D. L. 8. C. *h. t.* — L. 8. § 14. D. *de inoff. testam.* (V, 2.)—Vid. et L. 22. § 2. 3. *eod.*—L. 5. § 3. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. L. 7. et 15. L. 22. D. *h. t.*

quippe qui commodis privetur iis, quae eo testamento illi sint destinata[6]); 4) si status controversia movetur testatori ab eo, qui honoratus est[7]); 5) si furiosus ab heredibus neglectus est, neo alius illius exstitit adjutor tuitorque[8]); 6) si propter nuptias legibus vetitas, aliasque marium foeminarumque inter se conjunctiones jure prohibitas, quae testamento relicta sunt, eripiuntur[9]); 7) si quis in fraudem legum tacitam fidem obligavit, ut ei, qui nil capere posset, bona defuncti vel partem eorum restitueret[10]); 8) si quis de bonis viventis ejusdemque ignorantis pactus est[11]). Atque ex his quidem omnibus causis quodcunque eripitur indigno, totum transfertur ad fiscum. II) Ex aliis autem A) hereditates quidem fisco cedunt, legata vero et fideicommissa aut in hereditate remanent, aut praestantur indigno. Quo in genere haec sunt: contumeliosum testatoris de honorati persona judicium[12]); nomen inductum heredis vel legatarii[13]); rei ex hereditate amotio facta[14]). B) Latius etiam patet causarum genus id efficientium, ut aut omnino ad privatos homines, aut post eos demum ad fiscum perveniant bona, quae eripiuntur indignis. Quarum in numero habentur: 1) negligentiae fraudisque poena eorum, qui tutores impuberibus, vel curatores haud petierint[15]); 2) tutelae vel educationis pupillorum testamento delatae recusatio[16]); itemque 3) sepulturae faciendae[17]); omninoque 4) officiorum detractatio eorum, quae testator imposuit honoratis[18]), qua in re novissime sanxit Justinianus, ut is, qui legata, vel fideicommissa, vel libertates etiam intra annum post judicis sententiam latam adimplere recusaverit, jure suo, salva tamen legitima portione, privandus sit, jusque creptum aliis cedat, hoc quidem ordine: primum substituto, dein coheredi, tum fideicommissario Trebelliano s. universali, porro legatariis nec non singularibus fideicommissariis, post illos legitimis heredibus, postremo autem loco fisco[19]). Sunt praeterea hunc in censum referenda 5) testamenti occultatio a legatario facta[20]); 6) ingratus animus adversus testatorem[21]); 7) impietas erga parentes et liberos, dum in captivitate morabantur, admissa, cujus quidem haec est vis, ut, in captivitate mortuis illis, successio deferatur ecclesiae ejus loci, unde orti sunt[22]); denique 8) fratres privantur fratrum successione, eaque his defertur, qui aut una cum illis aut post

6) L. 22. D. *de V. et P. S.* (XXVIII, 6.) — L. 2. pr. D. *h. t.*—L. 18. § 1. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — L. 5. § 2 — 4. D. *de legat. praest.* rel. (XXXVII, 5.)

7) L. 9. § 2. D, *h. t.*

8) Nov. 115. c. 3. § 12. — Caeterum, nisi extraneus intercedat, qui tueatur furiosum, statim ad fiscum jus deferri, quamvis nusquam diserte dicatur, tamen existimandum est propter generalem illam regulam, qua plerumque, quae indignis auferantur, fisco cedunt.

9) L. 2. § 1. (cf. § 2. ib.). L. 13. L. 14. D. *h. t.* —L. 4. C. *de incest. nupt.* (V, 5.)

10) L. 17. § 2. D. *de usur.* (XXII, 1.)—L. 3. § 4. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) (cf. L. 10. pr. et § 1. D. *h. t.*). — Scilicet ita ei eripitur, ut nec Falcidiam retineat. L. 59. in f. D. *ad L. Falc.* (XXXV, 2.)—L. 11. D. *h. t.*

11) L. 2. in f. D. *h. t.* — L. 29. § 2. L. 30. D. *de donat.* (XXXIX, 5.) (cf. L. ult. C. *de pact.* II, 3.).

12) a) L. 4. C. *h. t.*— b) L. 13. D. *de adim. leg.* (XXXIV, 4.)

13) a) L. 12. et 16. § 2. D. *h. t.*—Cf. et L. 3. D. *de his, quae in testam. del.* (XXVIII, 4.) — b) L. 16. D. *de adim. leg.* (XXXIV, 4.)— L. 12. in f. et L. 18. § 2. D. *h. t.*—*Auctoris* contin. XXXIX. p. 96 sqq.

14) a) L. 6. D. *h. t.*—b) L. 48. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)—L. 5. C. *de leg.* (VI, 37.)

15) L. 10. C. *de legit. hered.* (VI, 58.) — Cf. § 585. not. 5 sqq.

16) L. 5. § 2. D. *h. t.* « — — Sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non ad fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cujus utilitates desertae sunt.» (Cf. L. 32. L. 36. pr. D. *de excusat.* (XXVII, 1.) — L. 28. pr. D. *de test. tut.* XXVI. 2.)

17) L. 12. § 4. D. *de relig.* (XI, 7.)

18) L. un. § 4. in f. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) — L. 32. C. *de fideic.* (VI, 42.)—Cf. *Averanii* interpr. II, 29. et *Zimmern* in calce lineamentor. p. 84—88.

19) Nov. 1. c. 1. —Cf. *Cujacii* expos. Nov. 1. — *Schilling* Bem. üb. Röm. R. G. p. 314 sqq. Vid. et § 784. not. 2.

20) L. 25. C. *de leg.* (VI, 37.)

21) L. 1. L. 9. § 1. D. *h. t.* — L. 31. § 2. D. *de adimend. legatis.* (XXXIV, 4.)

22) Nov. 115. c. 3. § 13. et c. 4. § 7.

eos vocantur, cum propter insidias vitae structas, tum propter accusationem adversus fratrem susceptas, molliminave ejusmodi, quibus frater fratris patrimonio damnum paravit[23]). — Universe autem haec etiam de bonorum indignis auferendorum jure praecipienda esse videntur: primum, non semper omnia eripi indigno, quae ex ea hereditate ad illum perveniant, sed fieri posse, ut ex alia causa auferantur, ex alia retineantur res[24]); deinde, ab indigno, quae ipsi jam acquisita sint bona, cum omni causa restituenda esse, quae vero nondum acquisierit, recto jure ad eos transire, qui in illius succedant locum [25]); praeterea jura, aditione confusa, non restitui indigno[26]); denique etiam cum onere, et aeris alieni et legatorum ac fideicommissorum, bona transferri[27]).

§ 783. II. *Voluntariae successionum tollendarum causae* A) *universim describuntur.*

Juri defunctorum bona capessendi renuntiari potest, et ab heredibus et a legatariis, sive id fiat repudiando, i. e. apertâ voluntatis declaratione, sive omittendo, ut quidem prae caeteris vocatur, i. e. factis, quibus tacite exprimitur non habendi consilium [1]). Est autem hac in re, quod differat inter heredes, quique heredum loco sunt, et inter eos, qui singulari jure succedunt, siquidem hereditates non fere, nisi delatae tantummodo, repudiari possunt [2]), legata vero et postquam adquisita sunt [3]), eatenus quidem, quatenus non onus aliquod inhaereat legato, quippe quod, aut agnitione factâ legati, aut si dolo malo impeditum est legatarii, quo minus ad eum perveniret legatum, omnino impleri debeat [4]). Quemadmodum autem nihil agit repudiando vel omittendo, qui aut alienandi non habet facultatem [5]), aut juri nondum delato renunciat [6]), aut de causâ delationis adhuc incertus repudiat hereditatem vel legatum [7]): sic contra ei, qui sese abdicavit hereditatibus vel legatis, jus amissum suo arbitrio revocare non fere permittitur [8]), praeterquam si aut minor est [9]), aut vi metuque coactus omisit hereditatem [10]).

784. B) *Singulatim de hereditatibus repudiandis*(*), *atque inprimis* 1) *de repudiatione hereditatis nondum acquisitae.*

Hereditatis et lege et testamento delatae fieri potest repudiatio; quae quidem

23) Nov. 22. c. 47.— *Auctoris* contin. XXXVII. p. 387 sq.

24) Cf. L. 4. L. 5. § 14. L. 15. L. 18. § 2. D. *h. t.*

25) a) L. 17. L. 18. pr. D. *h. t.*—b) L. 43. D. *de jure fisci.* (XLIX, 14.)

26) L. 29. § 1. D. *de J. F.* (XLIX, 14.) — L. 8. L. 17. in f. L. 18. § 1. in f. D. *h. t.*

27) L. 60. § 1. D. *de cond. et dem.* (XXXV. 1.) —L. 3. § 5. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)—a) L. 11. D. *de J. F.* (XLIX, 14.)—L. 18. § 1. D. *h. t.* (Caeter. vid. L. 1. § 1. D. *de J. F.* et supra § 612. not. 3. in f. et not. 4.) — b) L. 5. § 4. L. 14. D. *de J. F.* L. 96. § 1. *de leg.* 1.—L. 16. § 2. D. *h. t.* — Cf. *de Schroeter* in Zeitchr. f. Civilr. u. Proz. T. X. p. 121 sqq.

§ 783.

1) L. 95. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)

2) L. 4. C. *de repud. her.* (VI, 31.) (cf. § 698. 699., et infra § 785.). Vid. et not. 6.

3) L. 38. § 1. L. 85. § 2. *de leg.* 1. — Cf. supra 731. not. 4. et 9.

4) Vid. a) L. 92. D. *de cond. et demonstr.* (XXXV, 1.) et § 731. not. 8. — b) L. 4. § 2. D. *si quis om. c. test.* rel. (XXIX, 4.) (§ seq. not. 11.).

5) Cf. L. 5. C. *de rep. hered.* (VI, 31.)—L. 18. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)—L. 13. § 3. *eod.*

6) L. 13. pr. et § 2. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — Caeterum conditionali fideicommisso, adeoque etiam legato, pactis renuntiari potest, certe post mortem testatoris.—L. 1. C. *de pact.* (II, 3.)

7) L. 23. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)—L. 13. § 1. L. 15 sqq. *eod.*—Cf. § 731. not. 15.

8) L. 4. init. C. *de repud. her.* (cf. § 119. nr. III.). —Caeter. vid. infra § 785. in f.

9) L. 3. § 7. L. 24. § 2. D. *de minor.* (IV, 4.) — L. 4. C. *de rep. her.*

10) L. 21. § 6. D. *quod met. causa.* (IV, 2.)

§ 784.

(*) Cod. (VI, 31.) *de repudianda vel abstinenda hered.*

species est *destituti testamenti*[1]). Est autem omissae hereditatis testamentariae haec plerumque vis, ut, siquidem solus aderat heres repudians, nec quisquam ei susbtitutus, in totum res ad intestati causam redigatur[2]). Sin vacans portio jure accrescendi defertur ad coheredes, is, qui bereditarlo juri renunciavit, tamen praelegata, eaque integra, petit ab iis, qui olim cohcredes fucre[3]). Jam vero institutus heres, qui, non ignorans, se heredem esse scriptum, simpliciter repudiavit hereditatem, nec tamquam ab intestato successurus candem adire poterit hereditatem[4]). Quod si nescit, neutra in causa ei nocebit repudiatio; sin scit quidcm, at non simpliciter, sed quasi institutus repudiavit, minime amittit legitimam bereditatem[5]). Qui vero eo consilio omittit testamentariam causam, ut fraudentur jure suo, qui alioquin eo testamento honorati sunt, nihilominus legata praestare et fideicommissa necesse habet[6]). Quod quidem jus non nisi eorum puniendorum causa primum introductum esse videtur, qui ideo repudiarent hereditatem, ut intcgram eam sibi alia ex causa possiderent[7]); quo in genere etiam est bonorum possessionis, sive secundum sive contra tabulas, omissio, eum in finem facta, ut ex intestati causa ac sine legatorum fideicommissorumve onere hereditas teneri possit[8]). At idem jus ad eos quoque subinde porrectum est, qui aut dolo malo fecerint, quo minus possiderent[9]), aut ideo omiserint hereditatem, ut ad alios, sive ad substitutos sive ad legitimos, ea perveniret[10]), maxime si pecunia accepta id egerint[11]); quin etiam ad legatarios eosdemque oneratos translatum est, qui quidem dolo suo effecerint, quo minus adiretur hercditas[12]). Quemadmodum autem minime obligatur, qui neque in fraudem legatariorum vel fideicommissariorum omisit hereditatem, neque eo animo, ut ipse ex intcstati aliave ex causa possideret bona[13]): sic nec contra eum locum habebit actio, qui aut ipso permittente testatore repudiavit

1) § 778. not. 1. — § 7. I. *de hered., quae ab int. defer.*— Cf. *C. F. Zepernick* D. I. dc testam. destituti virib. § 2. 11. 30. 31.

2) Pr. et § 47. I. *de hered., quae ab int. defer.* —L. 181. D. *de reg. jur.* — L. 9. D. *de test. tut.* (XXVI, 2.) — § 2. in f. Inst. *de lege Falc.*—L. 73. pr. in f. *eod.* — Quod quidem secus esse, cum propter L. un. § 13. C. *de cod. toll.*, tum vero maxime propter Nov. 1. pr. et c. 1. sanctionam, affirmat *C. F. Zepernick* D. I. de testamenti destituti virib. (Hal. 1773.) § 35 sqq. et § 43 sqq. et Diss. II. de eod. arg. (Hal. 1774.) defensa. At prior illa sanctio ad confirmandam magis valet communem sententiam, quam ad infirmandam, scil. destituto testamento ad intestati causam rem rediisse; Novellam autem, quam commemoravimus, non de destituti testamenti viribus, sed de heredis negligentis et contumacis poena, hereditaria onera intra annum suscipere atque implere recusantis, esse intelligendam, id jam luculenter demonstravit *Stryk* succ. ab intest. I. c. 1. — Neque vero adducor his verbis, quae in fine leguntur Nov. 1. c. 2., ut contrariae adstipuler sententiae. Nam cum aperte cohaereant cum iis, quae ibidem praecipiuntur de jure inventarii, nec vero inventarium conscribere aut potest aut necesse habet, nisi, qui heres factus est, nihil profecto impedit, quo minus ista verba ita interpretemur: «Quodsi quidem invantarium confecit heres, nec tamen paret conditioni, quam de Falcidia quantitate non deducenda adscripsit testator, utique debet *recedere* ab hereditate, aaque his cedet, de quibus supra diximus.» — At dissent. etiam *Loehr* Arch. f. civ. Pr. V. nr. 15.—Sed vid. inprimis, quae novissime contra scripsit *Francke* Beitr. p. 148 sqq. (7.). et *Auctor* in comm. contin. XXXIX. p. 53. — Caeter. codicillaris clausula in hujusmodi causis utilis est. Cf. § 686. not. 9.

3) L. 17. § 2. L. 18. L. 91. § 2. *de leg.* I. — L. 12. C. *de leg.* (VI, 37.)— Cf. § 725. not. 4.

4) L. 77. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.) — Cf. not. seq.

5) L. 17. § 1. *eod.*

6) Dig. (XXIX, 4.) *si quis omissa causa testamenti, ab intestato, vel alio modo possideat hereditatem.*— Cf. a) L. 1. § 2—4. *eod.*—b) L. 1. § 8. *eod.*—c) L. 12. § 1. *eod.*—d) L. 18. § 1. *eod.* coll. cum L. 6. pr. *eod.*—e) L. 8. *eod.*

7) L. 1. pr. D. *h. t.* — Cf. L. 1. § 9. *eod.*—L. 6. § 7. *eod.*—L. 27. pr. *eod.*

8) a) L. 17. D. *de inj. rupto irr. f. test.* (XXVIII, 3.)—Vid. *Francke* Beiträge (p. 138 sq. (nr. 2.). — *Ejusd.* Notherbenrecht p. 109 sq.—*Auctoris* contin. XXXVI. p. 329—353. XXXVII. p. 29. et not. 64. —b) L. 6. § 9. L. 23. D. *h. t.* (XXIV, 4.). — Cf. § seq. not. 1.

9) L. 1. § 10—12. D. *h. t.*

10) L. 1. § 13. L. 25. L. 26. pr. *eod.* (cf. not. seq.).

11) Cf. L. 2. L. 3. L. 4. pr. et § 1. L. 10. pr. D. *h. t.*—Vid. et L. 10. § 1. 2. L. 11. *eod.*

12) L. 4. § 2. D. *h. t.* (§ 767. not. 4. b.).

13) L. 17. D. *h. t.*—L. 6. § 4. *eod.*

hereditatem testamento delatam[14]), aut id tantum egit, ut iniquitatem a se repelleret[15]).

§ 785. 2) *Acquisitae hereditatis repudiatio.*

Duplici fieri potest ratione, ut hereditates, et postquam acquisitae sunt heredi, repudientur: abstinendi jure, quod quidem suis heredibus concessum est, et in integrum restitutionibus. Et de abstinendi suorum heredum potestate cum satis copiose supra a nobis dictum sit (§ 693.), hoc unum etiam adjicere sufficiet: non magis suis heredibus permitti sese abstinere testamentaria hereditate, quam extraneis, eam repudiare[1]), scilicet, si id fiat fraudandorum legatariorum causa (§ 784. not. 6 seqq.). Atque in integrum restituuntur adversus temere susceptas hereditates cum minores[2]), tum milites[3]), tum etiam, qui vi coacti adierunt hereditatem[4]). Neque vero servantur legata, sive suus hereditate sese abstinuerit[5]), sive extraneus in integrum restitutus sit[6]). Caeterum et suis permittitur, qui quidem abstinendi beneficio usi sunt, etiam intra trium annorum spatium, inde ab undetricesimo anno completo computandum, rursus ad se revocare paternam hereditatem[7]), et minoribus, qui quidem adversus aditam hereditatem restitui sunt, iterum datur ad recipiendam hereditatem restitutio[8]).

§ 786. III. *De jure vacantis hereditatis vel partis* A) *summatim dicitur.*

Vacantem voco hereditatem vel partem, quam aut nolit aut nequeat habere is, qui testamento honoratur, vel etiam lege vocatus est. Atque ex eorum numero, quae adquiri nequeunt, alia pro non scriptis[1]) habentur (§ 767.), alia tamquam indignis eripiuntur (§ 782.), plerumque autem, quae deficiunt (quemadmodum et ea, quae pro non scriptis habenda sunt), aut ad sequentem gradum devolvuntur, aut reliquis, qui una cum deficientibus personis vocantur,

14) L. 6. § 1. D. *h. t.* — Cf. L. 6. pr. et § 2. *eod.*

15) L. 77. § 31. *de leg.* II. — Cf. L. 6. § 3. D. *h. t.*

§ 785.

1) L. 1. § 7. D. *si quis om. causa test.* (XXIX, 4.)

2) L. 7. § 5. D. *de minor.* (IV, 4.)—Cf. L. 8. § 6. C. *de bonis, quae liberis.* (VI, 61.) (§ 692. nr. 1.). — L. un. § 2. C. *de reputationib., quae fiunt in jud. in int. rest.* (II, 48.) (§ 162. in f.). — *Vinnii* sel. jur. qu. I, 14. «An si institutus beneficio aetatis contra aditionem hereditatis restitutus sit, convalescat substitutio?»

3) L. 22. pr. et § 15. C. *de jure delib.* (VI, 30.)

4) L. 21. § 5. 6. D. *quod met. causa.* (IV, 2.)

5) L. 1. in f. D. *ut in possess. legat. causa.* (XXXVI, 4.) — Neque hunc in locum referenda est L. 27. § 3. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.), non magis quam L. 30. § 10. D. *de fideic. lib.* (XL, 5.) — Dissent. *Glück* Pand. XXIX. p. 239. in f. sq. — Sed vid. *Francke* Beiträge p. 145 — 148. Caeter. quodammodo exceptionem habet L. 32. D. *de manumiss. test.* (XL, 4.)—*Francke* l. l. p. 146 sq.

6) Dissent. *de Wening* Civilr. Lib. V. § 120 nr. 3., eatenus quidem, ut solutionem legatorum non esse retractandam affirmet, provocans ad L. 22. et 31. D. *de minorib.* (IV, 4.)—L. 1. D. *ut in poss. leg. causa.* (XXXVI, 1.) et L. 3. C. *de test. manum.* (VII, 2.) (cf. not. 5. in f.).—Vid. tamen, quae contra scripsit *Francke* Beiträge p. 142—144.

7) L. 6. C. *h. t.* (VI, 31.) — Caeterum ea restitutione haud gaudent, nec emancipatus filius, qui quidem bonorum possessionem repudiavit (L. 1. C. *de repud. b. p.* VI, 19.), nec is, qui adversus hereditatis aditionem a patre factam integri restitutionem impetravit.—L. 8. § 6. C. *de bon., quae liberis.* (VI, 61.) (cf. supra not. 2.).

8) L. 7. § 9. D. *de minorib.* (cf. *Brencmani* annot. ad h. l. in ed. Gab. Sp.).—Arg. L. 8. § 6. C. *de bon., quae lib.* (not. 7. in f.).

§ 786.

1) [L. un. § 2. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) — Caet. cf. L. 3. in f. D. *de his, quae pro non scriptis habentur.* (XXXIV, 8.) — Atque ea, quae pro non scriptis habentur, aerario vel fisco vindicabantur. —E. G.]

accrescunt, aut apud oneratum remanent. At Lege Julia et Papia Poppea jus caducarium introductum est, cujus haec erat vis, ut quaecunque, cum jure scripta essent, tamen postea defecerint, aerario vindicarentur [1a], his tamen additis temperamentis, tum, ut quibusdam e conjunctarum personarum numero «jus antiquum in caducis» conservaretur [2], tum vero patres, qui eodem testamento honorati essent [3], in caducis vindicandis aerario praeferrentur [4]. Posteriori autem aevo caducaria lex partim legibus abolita est, partim ex usu recessit [4a]; quod quidem jus, h. e. antiquum, Justinianus fere [5] confirmavit, id praecipiens, ut post coheredes demum aut collegatarios, substitutos, eosque, qui defuncto ab intestato succedere possunt, vacans hereditas vel portio ejus ad fiscum perveniat [6]. Caeterum vacans pars plerumque cum onere legatorum vel fideicommissorum solvendorum ad alium transit [7], fisco autem et tota hereditas cum onere transfertur [8].

§ 787. B) *Singillatim de accrescendi jure* (*). 1) *Praecepta generalia.*

Accrescendi jus dicimus successorum jus, sibi habendi vacantem eorum partem, qui una vocati sunt ad successionem [1]. Et heredum quidem jus accrescendi, etiam non conjunctorum (§ 666.), legis interpretatione introductum est: quoniam ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres nequit [2]; conjunctorum vero, sive heredum sive legatariorum, voluntatis conjectura nititur [3]. Excluditur tamen accrescendi jus tum substitutionibus [4], tum vero transmissionibus, quales aequitatis voluntatisque tuendae causa juris nostri auctores invenerunt [5]. Rursus autem eo non impeditur jus, quod, antequam vacans portio accresceret, decesserint hi, quibus sua jam acquisita est pars, siquidem et heredibus ipsorum etiam proderit jus accrescendi [6]. Jam vero, quod ad heredum causam attinet, inter omnes omnino heredes locum habet jus accrescendi, sive lege sive testa-

1a) *Ulp.* Fr. XVII. — L. un. pr. et § 1—3. C. *de cad. toll.* (VI, 51.) — *Rudorff* üb. die caducorum vindicatio, in d. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. VI. Nr. VI. p. 397 sqq.—Cf. *Schilling* Bem. über Röm. Rechtsgesch. p. 310 sqq. et ibi not. 843. — *Baumeister* das Anwachsungsrecht unter Miterben p. 74 sqq. (§ 10. 11.)—*Mayer* das Recht der Anwachsung. p. 6 sqq. 176—210.

2) *Ulp.* Fr. XVIII. — *Rudorff* l. l. p. 403. in f. sqq.

3) *Gaji* inst. II. § 206. « — qui in eo testamento liberos habent.» § 286. *eod.*

4) *Gaji* inst. II. § 206. 207. 286. — Fragm. vet. JCti de jure fisci § 3. — *Rudorff* l. l. p. 409—414. —*Francke* Beitr. p. 114 sq.

4a) Caet. vid. *Mayer* l. l. p. 8 sqq. et p. 186 sqq.

5) Nam vid. *Rudorff* l. l. p. 225 sq.

6) L. un. § 1—11. § 13. 14. C. *de cad. toll.*

7) Cf. L. un. § 9—11. C. *de cad. toll.* — Vid. et L. 74. *de leg.* I. — L. 1. § 9. *de leg.* III. et infra § 787. not. 6. et § 790. not. 6.—*Francke* Beiträge p. 133 sqq. (§ 5. 6.). — *Mayer* l. l. p. 77—88. p. 188 et p. 212 sqq. p. 230. in f.

8) L. 96. § 1. *de leg.* I. — L. 6. § 3. D. *ad SCt. Treb.* (XXXVI, 1.)—*Francke* l. l. p. 159 sqq. (§ 8.). —Cf. supra § 782. not. 27.

§ 787.

(*) Cod. (VI, 51.) *de caducis tollendis.* — *Fr. Duareni* de jure accrescendi libri duo (opp. p. 1075 —1096.). — *Ph. Papillonii* de jure accrescendi lib. (*Otto* thes. IV. p. 766 — 768.). — *Fr. Ramos de Manzano* de eod. argum. (ap. *Meerm.* VII. p. 280 — 320). — *J. A. Bachii* D. de jure accr. (opusc. nr. VIII. p. 323 sqq). —*Schoeman* Handb. des Civ. R. II. nr. 1. — *H. Baumeister* das Anwachsungsrecht der Miterben nach Röm. Rechten. Tüb. 1829. —*Holtius* du droit d'accroissement. —*M. S. Mayer* das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen. Tüb. 1835.

1) Cf. *Bach* l. l. § 2. et *Baumeister* l. l. p. 2. not. 7.

2) Cf. *Baumeister* l. l. p. 104 sqq. (§ 15.). — *Mayer* l. l. p. 19—25. p. 31—48.

3) *Bach* § 3.—*Goeschen* obs. jur. rom. p. 99. — *Mayer* p. 54 sqq.

4) § 669. not. 5. — L. un. § 13. C. *h. t.* (VI, 51.). —*Baumeister* p. 139 sqq. (§ 17.).

5) § 702. et L. un. § 13. C. *h. t.* — Caeter. de iis quaestionibus: num, quod jure accrescendi acquisitum est, aut ad emtorem pertineat hereditatis, aut ad fideicommissarium heredem? jam supra disputavimus a) § 703. not. 5. (A nobis dissentire videtur *Baumeister* p. 121.) — b) § 754. not. 22. — Add. *Baumeister* p. 121. in f.—125.

6) L. 9. D. *de suis et legit. her.*—(XXXVIII, 16.) —L. un. § 10. D. *h. t.*

mento, itemque sive civili sive praetorio jure ad eos delata sit hereditas[7]). Praeterea ipso jure, atque adeo legis necessitate et cum oneribus vacans portio ad heredes pertinet, qui quidem suum jus agnoverunt[8]), praeterquam cum aut minor, qui proparte heres exstitit, in integrum restituitur[9]), aut necessarius heres sese abstinet paterna hereditate; quo facto in arbitrio positum est coheredis: utrum totam agnoscere hereditatem, an a sua quoque parte recedere malit[10]).

§ 788. 2) *De jure accrescendi eorum, qui ab intestato succedunt.*

Ab intestato succedentibus secundum eundem modum defertur jus accrescendi, quo et ipsa successio[1]). Jam si plures hoc modo concurrunt, ut alii virilem portionem singulatim, alii tandundem junctim accipiant (§§ 632—634.), atque ex illis quidem aliquis deficit, portionis vacantis itidem tot fient partes, quot sunt stirpes. Sin vero ex eorum numero, qui in eadem sunt stirpe, concurrere aliquis desiit, vacans portio iis solis accrescet, qui eidem adnumerantur stirpi, et his demum deficientibus ad reliquas quoque deferetur stirpes[2]). Quemadmodum autem, qui ab eo exclusus est, cujus jam defecit portio, etiam accrescendi jure excludetur ab his, quibuscum illo non obstante una erat successurus[3]): sic nec ad eos pertinebit jus accrescendi, quorum successio certa hereditatis parte definitur, dummodo integram habeant portionem, quae illis debeatur[4]).

§ 789. 3) *Quomodo inter testamentarios heredes locum habeat jus accrescendi* (*).

Ratio juris accrescendi eorum, qui testamento succedunt, potissimum posita est in institutionis modo ac forma (§ 666.). Jam si is deficit, qui disjunctim institutus est, portio ejus reliquis accrescet pro rata ipsorum hereditaria parte, ita ut, qui junctim vocati sunt ad eandem hereditatis partem, pro una habeantur persona[1]). Quod si ex eorum numero, qui inter se sunt conjuncti, aliquis deficit, vacans pars ad eos pertinebit, qui aeque sunt conjuncti[2]), sive re et verbis facta est conjunctio[3]) sive re tantum[3a]), sic tamen, ut, in eandem hereditatis partem concurrentibus, qui re et verbis et qui re tantum juncti sunt, priores qui-

7) *Paulli* sent. rec. IV, 8. § 26. — L. 1. § 9. D. *ad SCt. Tertullian.* (XXXVIII, 17.) Cod. (VI, 10.) *quando non petentium partes petentib. accr.*

8) L. 9. D. *de suis et legit. hered.* (XXXVIII, 16.) (§ 669. not. 4.—cf. et L. 35. pr. D. *de a. v. o. h.* XXIX, 2.) — *Cujac.* obs. XII, 14. et *Papillon* l. l. p. 783.) — L. 31. L. 38. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)—L. un. § 10. C. *h. t.* — *Duarenus* l. l. I, 2. — Caeter. cf. et § 749. not. 7. De omni autem argumento proposito vid. *Baumeister* p. 125 sqq. (§ 15. 16.).

9) L. 61. D. *de a. v. o. h.* (XXIX, 2.)

10) L. 55. D. *eod.* — *Mayer* l. l. p. 49—56. et p. 266.

§ 788.

1) *Baumeister* l. l. p. 36 sqq. (§ 5.). — *Mayer* l. l. p. 247. in f. sqq.

2) L. 12. pr. D. *de B. P. c. t.* (XXXVII, 4.) — L. 1. § 12. D. *de conj. c. emanc. lib.* (XXXVII, 8.) —*Duarenus* l. l. II, 10.— *Mayer* p. 249 sqq., qui quidem ab iis, quae supra § 631. Nr. 5. praecepimus, dissentit. ib. p. 255 sqq.

3) Vid. supra § 631. not. 7. — Dissent. *Mayer* p. 266—299.—Cf. et *Baumeister*, p. 43. sqq.

4) L. 6. pr. D. *de B. P.* (XXXVII, 1.) — Cf. § 636. in f.

§ 789.

(*) *Goeschen* obs. j. r. p. 100—106.—*Zimmern* in ejus et *Neustetelii* libro: röm. rechtl. Abh. Nr. IV.

1) L. 59. § 3. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.) — *Mayer* l. l. p. 53 sqq.

2) L. 63. D. *de her. inst.*—L. un. § 10. C. *h. t.* (VI, 51.)

3) L. 59. § 2. D. *de hered. instit.*

3a) Arg. L. 15. pr. L. 59. § 2. D. *de her. inst.* et L. 142. in f. D. *de V. S.* — Cf. *Zimmern* l. l. p. 91—96.—Dissent. *Duarenus* II, 11.—*Thibaut* Arch. f. civ. Praxis VII, 21. — *Baumeister* l. l. p. 208 sqq. (§ 24.)—*Mayer* p. 63 — 76. (cf. et l. l. not. 6. laudd.)

dem in coheredis aequali modo juncti portione, ipsa suadente conjunctionis ratione, iis praeferantur, qui re tantum junguntur[4]). Neque vero, cum alii ex certis partibus scripti sunt heredes, alii simpliciter nec partibus nominatis instituti, hi, quod quidem ad jus accrescendi attinet, pro conjunctis habendi sunt[5]), non magis quam verbis tantum conjuncti[6]). Caeterum etiam ex militum testamentis locus erit juri accrescendi, quatenus id non abhorrere videatur a testatoris voluntate[7]).

§ 790. 4) *De collegatariorum jure accrescendi* (*).

Legatariorum jus accrescendi olim totum pependit ex formularum usu, unde etiam effectum est, ut in per damnationem legatis prorsus cessaret[1]). At non solum antiqui juris vestigia in Justinianea collectione relicta sunt ejusmodi, quorum nulla, post innovationes ab imperatore factas, superesse poterat vis[2]); verum desiit numquam res ex certis verborum formulis ponderari, idque multo etiam subtiliore fiebat ratione, ac in heredum jure. — Jam vero summa juris accrescendi inter collegatarios constituti eo continetur, ut semper inter conjunctos pro virili parte locum habeat accretio, rursus autem plures in eandem rem, quamvis separatim, vocati, solidum singuli minime capiant, nisi hoc aperte declaraverit testator[3]). Et in conjunctorum numero non solum habentur re et verbis, tum etiam re conjuncti[4]), sed etiam verbis tantum conjuncti, i. e. aequis ex partibus scripti, his utique praeferuntur, a quibus legatur[5]). Atque utrisque, i. e. et re tantum et verbis tantum conjunctis, semper potiores habentur, qui simul et re et verbis conjuncti sunt (not. 5.). Quoniam autem eorum

4) L. 63. *de her. instit.*—Arg. L. 89. D. *de leg.* III. (cf. § seq. not. 5.).

5) L. 17. § 1. D. *de her. inst.* — Quem quidem loc. varie interpretantur JCti. — Cf. *Ramos del Manzano* l. l. l. § 34 sqq.—*Goeschen* l. l.—*Zimmern* l. l. p. 97 sqq.—*Baumeister* p. 186 sqq. — *Mayer* p. 68—72.

6) L. 66. D. *de her. inst.* (XXVIII, 5.)—Cf. *Ramos del Manzano* l. l. c. III. — *Bach* l. l. § 14. — *P. J. Heisleri* D. de jure accrescendi in legatis etc. (§ seq. not. 7.).— Dissent. *Baumeister* l. l. § 23. et ibi inprimis p. 195 sqq. (nr. 2.) p. 203 sqq. (nr. 6.), tum vero *Rudorff* Zeitschr. f. hist. R. W. VI. p. 418 sqq.; qui quidem existimat, in caducorum vindicatione verbis conjunctos semper esse praelatos re conjunctis, adeoque propter utriusque juris confusionem (L. un. C. *de cad. toll.*), jam in hereditarium partium accretione idem esse observandum.—Vid. et *Mayer* p. 223 sqq.— At in dubio statui non poterit, imperatorem jus antiquum instauraturum, ab ejusdem principiis recessisse; neque est, quod ea, quae contra principia de jure accrescendi antiquitus agnita in una accretionum specie forte probata sint, ad totum genus referamus.

7) L. 37. D. *de test. milit.* (XXIX, 1.)— L. 3. C. *cod.* (VI, 21.)— *Ramos del Manzano* l. 19 — 17. — *Baumeister* p. 151 sqq. (§ 19.)

§ 790.

(*) *Rosshirt* Lehre von den Vermächtn. T. I. p. 589—627.—*Mayer* l. l. p. 85—230.

1) *Gaji* inst. II. § 205. (coll. cum § 199.).— *Ulp.* Fr. XXIV. § 12. 13. — Cf. *Goeschen* obs. j. r. p. 1 — 35. — *Mayer* l. l. p. 123 sqq. (§ 3.)

2) L. 16. pr. L. 34. § 9. L. 84. § 8. *de leg.* I. — L. 7. *de leg.* II. — L. 38. § 2. *de leg.* III. — Cf. *Mayer* l. l. p. 125 sqq.

3) L. un. § 11. C. *h. t.* (VI, 51.).

4) L. 41. pr. *de leg.* II. (*Baumeister* p. 235 sqq.) —Cf. § 789. not. 3.

5) Arg. L. 16. § 2. *de legat.* I. — L. 89. *de leg.* III. (*Paulus* lib. 6. ad L. Jul. et Pap. Popp.) « Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re: Titio et Sejo fundum aequis partibus do, lego; quoniam semper partes habent legatarii. Praefertur igitur omnimodo caeteris, qui et re verbis conjunctus est. Quod si re tantum conjunctus sit, constat, non esse potiorem. Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quaestionis est: an conjunctus potior sit? et magis est, ut et ipse praeferatur. » — Quae hujus loci interpretandi causa protulerunt *Bachius* (§ 15.), *Heislerus* (Diss. not. seq. laud. § 11 sq.) aliique, tam artificioso sunt ac subtiliter contexta, ut magis rem implicent, quam explicent. At ingenue fateor, nec *Rudorffii* (Zeitschr. f. gesch. R. W. VI. p. 416 sqq.), *Franckii* (Beitr. p. 114 sq.), *Baumeisteri* (l. l. § 25. p. 226 sqq.) — *Mayeri* (p. 179 sqq.), qui post Gaji institutiones repertas scripsere, mihi plane satisfecisse interpretationem. — [Recentiorum pleriquo non nisi inter *verbis et re*, tum *verbis tantum* conjunctos locum esse juri accrescendi, contendunt. At non est quod principia veteris juris tantum immutata, atque *re tantum conjunctis* jus illud ademtum esse statuamus—*Rosshirt* l. l. p. 600 sqq. — E. G.]

jus, quibus separatim eadem res legatur, ex eo nascitur, quod non nisi concursu partes fiant, atque ideo potius sit non decrescendi quam accrescendi jus, consentaneum etiam est, ut ipso jure et sine onere pars accrescat; quae quidem omnia secus sunt in caeterorum collegatariorum personis[6]). Caeterum a communi jure aliquantum recedit jus accrescendi in usufructu pluribus relicto[7]). Nam non solum, quae jam acquisita est pars ususfructus, tamen deficiente collegatario alteri accrescet[8]), verum in ejus etiam persona locum habebit jus accrescendi, qui suam ipsius partem amisit[9]), scil. quatenus non manifesto refragetur testatoris voluntas[10]).

6) L. un. § 11. C. *h. t.* — Caeter. cf. *P. J. Heisleri* (resp. *Michaelis*) D. de jure accrescendi in legat. semper jure non decrescendi (Hal. 1759.) § 30. 31. — *Baumeister* p. 179 sqq. (§ 21.). — *Mayer* p. 220 sqq.

7) Dig. (VII, 1.) *de usufr. accrescendo.* — *Griesinger* Beweis, dass das Anw. Recht bei der Personaldienstbark. d. Usus Statt finden könne. Stuttg. 1794. A quo dissent. *Vinnius* sel. jur. qu. 1, 28. post med.

8) L. 1. § 3. D. *h. t.* (VII, 2.)

9) L. 10. D. *eod.* — At non uno modo h. l. explicant interpretes. Vid. *Gluck* Pand. IX. p. 287 sqq. — *C. Witte* Abh. aus. d. Geb. d. R. R. (Berl. 1817.) Nr. I.) — *Rosshirt* p. 619 sqq. (Nr. 3.)

10) Nam vid. a) L. 3. § 2. D. *quib. mod. ususfr. amitt.* VII, 4. — b) L. 11. D. *de usufr. accr.* — *Heisler* l. l. § 15.

INDEX.

[Obs.—1) Numerorum signa ad §§phorum numeros referenda sunt; lit. n. notas infra §§phos positas significat. — 2) Quae asteriscis notantur vocabula, ex eorum sunt genere, quibus tamquam technicis, at nulla juris nostri auctoritate, uti solent recentiores JCti.]

D

E

J

O

P

Q

R

U

V

Z

